

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

# ESMAPE



VOLUME 12 • n. 26 • julho a dezembro 2007

TOMO II



Os trabalhos devem atender as seguintes 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 1<sup>1/2</sup> entre linhas e vir acompanhados de cd-rom.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.

1.4 As referências bibliográficas, citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho, devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas- ABNT (NBR 6023/2002).

1.5 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail, bem como um resumo curricular de, no máximo, 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.

1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.

1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas às fontes, poderão ser publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).

## 2. Das normas editoriais

2.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

2.2 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

BIBLIOTECA DA  
ESMAPE



ESCOLA SUPERIOR DA  
MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240

Site: <http://www.esmape.com.br>

Fone: (81) 3224.0086

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DE PERNAMBUCO

## REVISTA DA ESMAPE

Volume 12 – Número 26  
julho/dezembro – 2007

*Tomo II*

Recife

Semestral

Revista da ESMAPE - Recife - v. 12 - n. 26 - p. 001-384 - jul./dez. 2007

ESMAPE - BIBLIOTECA  
Tomb. FA 20080030  
Local P-01  
Ch. 00001913 C

© Copyright by ESMAPE

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 Superior da Magistratura 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

Revisão: autores e Profa. Msc. Euliene Staudinger

Editoração eletrônica: Joselma Firmino de Souza - DRT 3741-PE

Tiragem: 1500 exemplares

Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.  
Av. Imperador Pedro II, 221 - Santo Antonio - Recife - PE - CEP 50010-240  
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco  
- Ano 1, n.1 (1996- ) - Recife :  
ESMAPE, 1996 -  
v. Semestral

I. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2007



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco,  
conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87.  
Rua Imperador Pedro II, n.º 221, Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240  
Site: <http://www.esmape.com.br>

## DIRETORIA

Biênio 2006 - 2007

### *Diretor*

Desembargador Jones Figueirêdo Alves

### *Vice-Diretor*

Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres

### *Supervisor*

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

*Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas*

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

*Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão e de Estudos Internacionais*

Desembargador Fernando Cerqueira Noberto dos Santos

*Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores*

Juiz Virgínio Marques Carneiro Leão

*Coordenador de Eventos Científicos e Culturais*  
Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes

*Coordenadora de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural e da Assessoria Jurídica Virtual*  
Juíza Cíntia Daniela Bezerra de Albuquerque

*Coordenadores de Comunicação Social*  
Juiz Alexandre Guedes Alcoforado Assunção e  
Juiz Saulo Fabianne de Melo Ferreira

*Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência*  
Desembargador Marco Antonio Cabral Maggi

*Coordenador de Direitos Fundamentais*  
Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

*Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente*  
Juíza Anna Regina Lemos Robalinho de Barros

*Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso*  
Juíza Sonia Stamford Magalhães Melo

*Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula*  
Juíza Blanche Maymone Pontes Matos

*Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula*  
Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

## CONSELHO EDITORIAL

### *Presidente*

Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

### *Membros*

Juiz ANTENOR CARDOSO SOARES JÚNIOR

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

Juíza CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE

Juiz HAROLDO CARNEIRO LEÃO SOBRINHO

Juiz LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO

Juiz SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA

Juiz TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

*Coordenação Técnica, planejamento gráfico e editorial*

Bela. JOSEANE RAMOS DUARTE SOARES

# Corpo Docente

## Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

2007.2

### 1º PERÍODO

#### **Direito Constitucional I**

*Prof. Dr. André Régis de Carvalho*

#### **Direito Administrativo I**

*Profa. Msc. Mariza Crasto Pugliesi*

#### **Direito Civil I**

*Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira*

#### **Direito Penal I**

*Prof. Esp. José Durval de Lemos Lins Filho*

#### **Direito Processual Civil I**

*Profa. Esp. Iasmina Rocha*

#### **Direito Processual Penal I**

*Prof. Msc. João Olympio Valença de Mendonça*

#### **Direito Tributário I**

*Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos*

#### **Direito Empresarial I**

*Prof. Esp. Thiago Faria de Godoy Magalhães*

#### **Administração Judiciária**

*Prof. Esp. Eurico de Barros Correia Filho*

#### **Responsabilidade Civil**

*Juiz Estadual Esp. Luiz Mário de Góes Moutinho*

## 2º PERÍODO

### **Direito Processual Penal II**

*Juiz Estadual Esp.* Honório Gomes do Rego Filho  
*Juiz Estadual Msc.* Carlos Alberto Berriel Pessanha

### **Direito Processual Civil II**

*Juiz Federal Dr.* Sérgio Torres Teixeira  
*Juiz Estadual* Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

### **Direito Civil II**

*Juiz Estadual Esp.* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

### **Direito Penal II**

*Promotora* Joana Cavalcanti de Lima  
*Juiz Estadual Esp.* Laiete Jatobá Neto

### **Direito Empresarial II**

*Procurador Msc.* André Luiz Santa Cruz Ramos  
*Advogado Msc.* Roney José Lemos Rodrigues de Souza

### **Direito Tributário II**

*Juiz Estadual Msc.* José Viana Ulisses Filho  
*Prof. Msc.* João Hélio de Moraes Coutinho

### **Direito Administrativo II**

*Procurador Mestrando* José Carlos Arruda Dantas  
*Procurador Msc.* Oscar Vilaça de Melo Filho

### **Direito Constitucional II**

*Profa. Msc.* Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha

### **Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis**

*Juiz Estadual Msc.* José André Machado Barbosa Pinto

### **Didática do Ensino Superior**

*Profa. Msc.* Ana Maria Maranhão  
*Prof. Esp.* João Carlos Gonçalves Cavalcanti

## 3º PERÍODO

### **Direito da Criança e do Adolescente**

*Juiz Estadual Esp.* Élio Braz Mendes  
*Juiz Estadual* Humberto Costa Vasconcelos Júnior

### **Direito Eleitoral**

*Prof. Esp.* Breno Russell Wanderley  
*Juiz Estadual Esp.* Paulo Henrique Martins Machado

### **Direito Penal III**

*Juiz Estadual Msc.* Fernanda Moura de Carvalho  
*Procurador da República Esp.* Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

### **Direito Processual Civil III**

*Desembargador Mestre* Ricardo de Oliveira Paes Barreto

### **Direito Processual Penal III**

*Juiz Estadual Esp.* Luiz Carlos Vieira de Figueiredo  
*Juiz Estadual Esp.* Sandra de Arruda Beltrão

### **Teoria Geral do Direito**

*Prof. Msc.* José Roberto Wanderley de Castro  
*Prof. Msc.* Emilio Paulo Pinheiro D' Almeida

### **Técnica de Elaboração de Decisões Penais**

*Juiz Estadual Esp.* Blanche Maymone Pontes Matos  
*Juiz Estadual Dr.* Flávio Augusto Fontes de Lima

### **Direito Civil III**

*Juiz Estadual Esp.* Alberto Flávio Barros Patriota  
*Desembargador Esp.* Leopoldo de Arruda Raposo  
*Prof. Msc.* Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas

### **Medicina Legal**

*Prof. Esp.* Clóvis César de Mendoza - Médico Legista

### **Direito do Consumidor**

*Promotora Esp.* Rosana Grimberg

### **Metodologia da Pesquisa**

*Profa. Msc.* Karla Cecília Delgado



# Cursos de Pós-Graduação *lato sensu*

2007.2

## **Direito de Família e Sucessões**

*Prof. Esp.* José Expedito Lima Junior  
*Prof. Esp.* Luiz Carlos Vieira de Figueiredo  
*Prof<sup>a</sup>. Dra.* Maria Clara Albuquerque  
*Prof. Msc.* Paulo Dias de Alcântara  
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato  
*Prof.* Humberto Vasconcelos  
*Prof. Msc.* Cristiano Chaves de Farias  
*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira  
*Prof. Dr.* Torquato de Castro Filho  
*Prof. Esp.* Ivanildo Figueiredo

## Direito Civil e Processual Civil (Empresarial)

*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira  
*Prof. Msc.* Sady Torres Filho  
*Prof. Msc.* Silvio Romero Beltrão  
*Prof. Msc.* Ivanildo Figueiredo  
*Prof. Dr.* Alexandre Freire Pimentel  
*Prof. Dr.* André Vicente Pires Rosa  
*Prof. Dr.* Lúcio Grassi de Gouveia  
*Prof. Msc.* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
*Prof. Msc.* Ricardo de Oliveira Paes Barreto  
*Prof. Msc.* Paulo Dias de Alcântara  
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato  
*Prof. Dr.* Marcílio Souza Júnior  
*Prof. Esp.* João Carlos Cavalcanti  
*Prof. Esp.* Thiago Faria de Godoy Magalhães  
*Prof. Esp.* Artur Orlando de Albuquerque Lins  
*Prof. Msc.* Luciana Pereira Gomes Browne  
*Prof<sup>a</sup>. Dra.* Liana Cirne Lins

*Prof. Msc.* Leonardo Cunha  
*Prof. Esp.* José Expedito Braga Lima Júnior  
*Prof. Esp.* Edgar Moury Fernandes Neto  
*Prof. Msc.* Wellington Cabral Savaiva  
*Prof. Msc.* Ronnie Preuss Duarte.  
*Prof. Msc.* José Barros Correia Júnior  
*Prof. Esp.* Luiz Mário de Góes Moutinho  
*Prof<sup>a</sup>. Dra.* Fabíola Santos  
*Prof. Msc.* Marcos Erhardth Júnior

## **Direito Penal e Processo Penal**

*Prof. Dr.* Ricardo Pontes de Brito  
*Prof<sup>a</sup>. Dra.* Marília Montenegro  
*Prof. Esp.* Teodomiro Noronha Cardozo  
*Prof. Dr.* Antônio Scarance Fernandes  
*Prof. Msc.* Flávio Fontes de Lima  
*Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>.* Margarida Cantarelli  
*Prof. Esp.* Honório Gomes do Rego Filho  
*Prof. Dr.* Nilzardo Carneiro Leão  
*Prof. Msc.* Marcílio Souza Júnior  
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato  
*Prof<sup>a</sup>. Msc.* Fernanda Moura de Carvalho

## **Direito Público**

*Prof. Dr.* André Vicente Pires Rosa  
*Prof. Msc.* Oscar Vilaça  
*Prof. Msc.* Manoel Erhardt  
*Prof. Dr.* Francisco Alves dos Santos Júnior  
*Prof. Msc.* Roberto Moreira  
*Prof. Esp.* Honório Gomes do Rego Filho  
*Prof. Msc.* João Hélio de Farias M. Coutinho  
*Prof. Esp.* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos  
*Prof. Dr.* José Viana Ulisses Filho

Prof. Dr. Hélio Ourem  
Prof. Dr. Marcílio Souza Júnior  
Prof. Dr. João Mauricio Leitão Adeodato  
Prof. Dr. Ricardo Pontes de Brito  
Prof. Msc. Jackson Borges de Araújo  
Prof. Esp. Artur Stamford da Siva  
Prof. Esp. Antônio Guedes Alcoforado  
Prof. Esp. Fernando Gomes de Andrade  
Prof. Esp. Terence Dornelles Trennepohl  
Prof. Esp. Nelson Batista da Silva Noberto  
Prof. Esp. Zulene Santana de Lima Noberto

#### **Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal**

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior  
Prof<sup>a</sup>. Carine Delgado  
Prof. Valdecy Pascoal  
Prof. Dr. Ricardo Pontes de Brito  
Prof. Dr. Marcílio Souza Júnior  
Prof. Dr. João Mauricio Leitão Adeodato.  
Prof. Msc. Oscar Vilaça  
Prof. Msc. Jackson Francisco de Oliveira  
Prof<sup>a</sup>. Msc. Eugênia Simões  
Prof<sup>a</sup>. Msc. Izabel Cristina Moreira dos Santos  
Prof. Esp. Artur José Lopes Filho  
Prof<sup>a</sup>. Msc. Ticiane Andréa Sales Nogueira  
Prof. Esp. Antônio Cabral de Carvalho Júnior  
Prof. Dr. Marcílio Souza Júnior  
Prof. Dr. João Mauricio Leitão Adeodato

## *Sumário*

*Editorial* ..... 19

### *Artigos de Alunos*

A POLUIÇÃO SONORA NO DIREITO BRASILEIRO  
Alberto Manoel de Moraes Pires ..... 23

CUIDADOS PALIATIVOS: DESAFIO CONTEMPORÂNEO  
DA MEDICINA EM FACE DOS DIREITOS INERENTES À  
PESSOA  
Ângela Carolina Porto Ribeiro ..... 49

A EFETIVIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS  
(PPPS) EM FACE DA NECESSIDADE DE UMA MAIOR  
CONFIABILIDADE PARA INVESTIMENTOS PELO PAR-  
CEIRO PRIVADO, EM RAZÃO DOS ELEVADOS RISCOS  
APRESENTADOS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS PRO-  
JETOS  
Gilberto Soares Silva ..... 73

PERSPECTIVAS CONTRATUAIS NO ÂMBITO DE UMA  
SOCIEDADE GLOBAL: DIFICULDADES E INSUFICIÊN-  
CIAS DAS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E SOCIAL  
João Aurino de Melo Filho ..... 95

REVISITANDO A RESSOCIALIZAÇÃO: ESTUDO REALIZADO NA COMUNIDADE DO TURURU - PAULISTA - PE  
*Josenildo Coelho Teodoro* ..... 113

CRIMES PRATICADOS NA INTERNET: BREVE VISÃO DA NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL PARA TUTELAR OS BENS JURÍDICOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES  
*Karina da Rocha Carvalho, Maria Amália Oliveira de Arruda Câmara, Mariângela Soares Marques Pereira e Teodomiro Noronha Cardozo* ..... 135

O (PSEUDO) CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ESTABELECIDO PELA EC Nº 45/2004  
*Leonardo Sales de Aguiar* ..... 149

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE  
*Maria Carolina Peixoto Corrêa Lima* ..... 169

A LEGITIMIDADE E OS REFLEXOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO\*  
*Maria Lycia Sève de Abreu e Lima Neta* ..... 193

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS  
*Natália Cabral Alves Toscano Caldas* ..... 215

A QUESTÃO DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE  
*Rafael de Oliveira Nunes* ..... 241

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO: Evolução, Posição Doutrinária, Posição Jurisprudencial e Admissibilidade.  
*Roberta Veras de Lima Brito* ..... 269

ADOÇÃO VERSUS RELAÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE  
*Tereza Maria Barbosa Nogueira* ..... 297

## Prática

SENTENÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBU-  
TÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA

Ana Carolina Fernandes Paiva ..... 313

SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS  
MATERIAIS

Flávio Roberto Ferreira de Lima ..... 337

SENTENÇA CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO OBRIGA-  
TÓRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO.  
AMEAÇA DE DESMORONAMENTO

Jorge Américo Pereira de Lira ..... 345

SENTENÇA. DOMICÍLIO E CRIME ELEITORAIS

Rafael Cavalcanti Lemos ..... 365

## Editorial

Ao término de nossa gestão à frente da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape, temos a sensação de ter cumprido o compromisso com nossos antecessores, em dar continuidade a Revista da Esmape, uma publicação semestral, especializada em assuntos de interesse jurídico-pedagógico e utilizada como ferramenta de pesquisa pelos operadores do Direito nos mais diversos assuntos doutrinários e práticos.

A Revista chega a sua 26ª edição e mais uma vez é editada em dois volumes. No Tomo I, os leitores têm acesso à teoria, com 13 artigos de juristas com sólida carreira profissional e no Tomo II são apresentados artigos de alunos, além da parte prática, com a publicação de sentenças.

E como já é tradição, a Revista traz em sua capa, uma homenagem a cultura nordestina. Nesta edição, o movimento *mangue beat* foi ressaltado com uma imagem em grafite do cantor pernambucano Chico Science, principal expoente do movimento. Com esta escolha, a Esmape inova por abrir espaço para a grafiteagem, uma arte ainda marginalizada, mas que tem sido uma ferramenta de ressocialização de jovens de baixa de renda.

O exemplo disto vem dos artistas responsáveis pela elaboração da imagem de capa: os jovens Carlos André Pereira e Alexandra Lopes, que conseguiram transformar a realidade em que viviam, a partir do trabalho com a grafiteagem. Carlos,

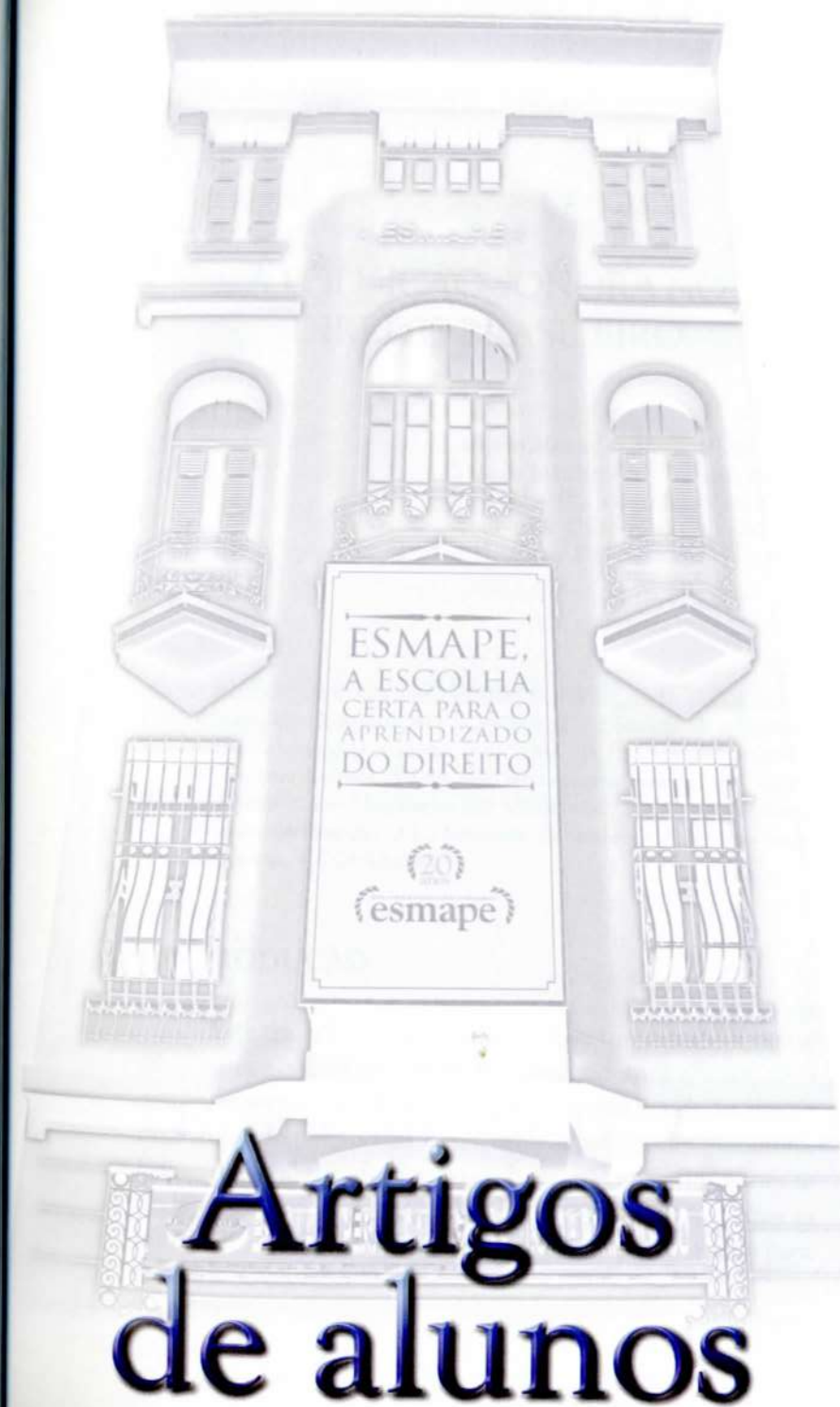
que já foi pichador, hoje enxerga a arte como um modo de vida. Alexsandra luta pela valorização da grafiteagem e busca um constante aperfeiçoamento. Juntos, eles já prestaram serviços para multinacionais, participaram de diversos festivais e de exposições de arte. Com um aerógrafo na mão, esse dois jovens conseguiram redesenhar o futuro.

Portanto, é com prazer que colocamos às mãos da comunidade jurídica mais esta edição da Revista da Esmape, com a certeza de que a publicação cumpre, com maestria, o seu papel de divulgar trabalhos técnicos e científicos.

Dar continuidade a Revista da Esmape, é um compromisso de todos aqueles que assumem a direção desta Escola.

*Des. Jones Figueirêdo Alves*  
**Diretor**

*Juiz Jorge Américo Pereira de Lira*  
**Presidente da Comissão Editorial**



# A POLUIÇÃO SONORA NO DIREITO BRASILEIRO

*Alberto Manoel de Moraes Pires*  
Técnico Judiciário do Tribunal Regional  
Eleitoral - PE; pós-graduado em Direito  
Civil pela Universidade Federal de  
Pernambuco - UFPE

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 POLUIÇÃO SONORA. 2.1 Conceito. 2.2 Espécies. 2.3 Dos danos causados à saúde. 3 O TEMA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE. 3.1 Em nível constitucional. 3.2 Em nível infra-constitucional. 3.2.1 A responsabilidade penal. 3.2.1.1 Legislação. 3.2.1.2 Doutrina. 3.2.1.3 Jurisprudência. 3.2.2 Responsabilidade civil. 3.2.3 No direito de vizinhança. 3.2.4 Nos demais ramos do direito. 4 CONCLUSÃO.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa trata de um tema - a poluição sonora e o direito brasileiro - que, podemos afirmar, sem qualquer receio de incidir em equívoco, esta sendo há muito discriminado pelo poder legisferante e pelo Poder executivo. É fato que o abuso do direito ao lazer, na específica vertente do lazer sonoro, vem causando sérios transtornos, sem que as autoridades competentes tomem as devidas providencias para evitá-los ou reprimê-los.

Não nos parece fora de tom a análise do presente tema, pois a verdade é que nas últimas décadas testemunhamos o surgimento de alguns fenômenos sonoros que, ao lado do prazer fugaz que proporcionam, podem também trazer enormes prejuízos à saúde e ao próprio bem-estar dos outros, como é mais comumente. Exemplo de tal assertiva é o chamado trio elétrico, automóvel devidamente adaptado por várias bandas musicais, utilizado predominantemente para animar festas carnavalescas.

Temos um belo exemplo dessa maléfica ação em nossa capital, que realiza todos os anos o "carnaval fora de época", outrora conhecido como RECIFOLIA. Terminadas as festividades, é comum os periódicos mais conhecidos trazerem reportagens com vítimas das altas frequências com que são emitidas as ondas sonoras pelos trios elétricos.

Por outro lado, não só a ação dos trios elétricos está a causar incômodo ao sistema auditivo, senão os sistemas de som instalados nas próprias residências, cujos proprietários, muitas vezes não respeitando os limites impostos pelo direito de vizinhança, abusam do seu direito ao lazer.

Não se há de olvidar a funesta ação exercida pela parafernália eletrônica instalada nas malas dos veículos automotores. Talvez, seja esse o equipamento eletrônico que maiores transtornos causa, haja vista ser o mais comumente encontrado, tanto nas capitais como nas cidades interioranas.

Será analisada a poluição sonora em suas várias espécies. Consoante se verá, o critério por nós adotado para a divisão da poluição sonora em espécies foi o do corpo que dá origem à emissão das ondas. Destarte, a espécie será determinada pelo aparelho que a produz.

Abordar-se-á neste artigo algumas espécies de poluição sonora, como também dos danos causados à saúde. Será analisada a poluição sonora sob o enfoque da legislação vigente, compreendendo os vários ramos do Direito que de alguma forma se relacionam com a matéria ora tratada.

De acordo com especialistas de renome, os danos causados à saúde são cientificamente comprovados, podendo representar desde simples irritações e alterações do humor até perda total da capacidade auditiva, desequilíbrios psíquicos e doenças físicas degenerativas.

Merecerá destaque a matéria sob os ângulos do Direito Constitucional, por ser este o ramo que confere fundamento de validade a todo o ordenamento jurídico de um Estado; do Direito Civil, que trata ainda que rapidamente da matéria nas disposições relativas aos direitos de vizinhança e do Direito Penal, que traz disposição específica na lei que tipifica as contravenções penais.

Será abordada também a responsabilidade civil decorrente da poluição sonora, pois cremos que o direito civil é uma grande fonte de proteção dos cidadãos quanto a este tipo de abuso de direito. Com efeito, é no âmbito da responsabilidade civil que tem se mostrado mais eficaz o combate aos abusos provenientes da utilização de aparelhos sonoros em níveis acima daqueles permitidos pela legislação.

Exemplo da eficácia das ações civis, tem sido o constante acesso ao Judiciário com ações de obrigação de não fazer com preceito cominatório para o caso de descumprimento.

Estas serão, pois, as principais questões a serem analisadas nesse trabalho, com o que esperamos ter demonstrado ao final a importância da matéria e a necessidade de receber maior atenção por parte do legislador brasileiro.

## 2 POLUIÇÃO SONORA

### 2.1 Conceito

Poluição, segundo o que se infere do inciso III, art. 3 da lei n. 6.938/81, é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudi-

quem a saúde, segurança e bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem materiais ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

A poluição sonora é definida pela *Organizacion Panamericana de La Salud* como o “som indesejável ou sem qualidade musical agradável ou misturas de sons ocupando uniformemente toda a gama de freqüência auditíveis; sendo, portanto, um som indesejado que afeta de forma negativa a saúde e o bem-estar de indivíduos ou populações”.<sup>1</sup>

Afora a referência a som sem qualidade musical agradável (critério bastante subjetivo), o conceito parece satisfatório, uma vez que atende ao nosso entendimento, segundo o qual a poluição sonora pode ser produzida por qualquer meio produtor de ondas, e não só por aparelhos eletrônicos e industriais. Com efeito, até mesmo a voz humana pode causar danos de ordem física, mental e psicológica.

Assim é que entendermos poder ser a poluição sonora, num sentido amplo, conceituada como qualquer perturbação ao sossego ou saúde alheios, decorrentes da má utilização de aparelhos, equipamentos ou qualquer outro meio de produção de ondas sonoras.

Em sentido legal, pode a poluição sonora ser definida como a emissão de ondas sonoras em freqüências acima daquelas permitida por lei.

A legislação responsável pela imposição dos limites é aquela instituída pelos Municípios, como manifestação de sua competência legislativa constitucional e do seu poder de polícia, conforme se verá adiante.

<sup>1</sup> CRITÉRIOS de la Salud Ambiental - El Ruido. 12.ed. Washington, EUA, 1983. p. 126. Disponível em : [www.terra.com.br](http://www.terra.com.br). Acesso em: 15 mai. 2000.

Destarte, qualquer emissão de ondas sonoras acima do limite legal já constitui poluição sonora, uma vez que ultrapassou os limites considerados pelo legislador como toleráveis.

## 2.2 Espécies

Os aparelhos eletro-eletrônicos são, talvez, os maiores responsáveis pela emissão de ondas sonoras em limites intoleráveis. Exemplo de tais aparelhos são os trios elétricos, os aparelhos de som domésticos, que gradativamente vão adquirindo potências sonoras que possibilitam a emissão de sons em freqüências muito acima dos limites legais, os veículos automotores.

Os veículos automotores com adaptações para possibilitar a emissão de ondas sonoras em elevados níveis, conhecidos por trios elétricos, por exemplo, são capazes de emitir ondas sonoras com freqüências de até 200 decibéis.<sup>2</sup>

São também responsáveis pela emissão de ondas excessivamente ruidosas, os aparelhos eletrônicos que povoam os prédios e imóveis residenciais. São exemplos as modernas radiolas, que operam com a leitura dos **Compact Discs**, simplesmente por nós chamados de CD's, como também os DVD's. Tais aparelhos são capazes de emitir ondas sonoras que ultrapassam a casa dos 100 (cem) decibéis de freqüência.<sup>3</sup>

A esse respeito, o *Jornal do Commercio* trouxe uma reportagem que ilustrou bem a capacidade dos aparelhos de som utilizados pelos foliões durante o período momesco. O referido periódico assinalou que “... A colocação de caixas com volumes acima do permitido vai sair caro no bolso dos

<sup>2</sup> Segundo informação obtida junto ao Agente Fiscal de Controle Urbano e Ambiental da Secretaria de Planejamento da Cidade do Recife, Agnaldo Arruda Júnior.

<sup>3</sup> Idem.



foliões de Olinda, que terão que pagar multa de 5.000 UFIR's ou R\$ 5.300,00 por imóvel que tiver ultrapassado o limite de 65 decibéis durante o dia e 60 à noite. Num total de 1.580 inspeções de poluição sonora e condições de higiene realizadas durante o Carnaval, a Vigilância Sanitária de Olinda multou 78 casas com caixas de som durante o carnaval. A cobrança das multas será feita pela Procuradoria de Olinda, que recebe hoje um relatório completo sobre as ocorrências. Para 2001, existem propostas de recolher o equipamento dos foliões que insistirem em descumprir”.

De acordo com a diretoria de Vigilância da Saúde de Olinda, na época citada, Eunícia Gonçalves, a prefeitura segue como padrão de poluição sonora os limites estabelecidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). “Os limites de 65 e 60 decibéis foram muito ultrapassados, com registro de casas com até 126 decibéis. Os principais trechos de ocorrências foram as Ruas Prudente de Moraes, Henrique Dias e a do Bonfim”, disse.

Segundo a diretora, o incômodo provocado pelos altos volumes e os protestos dos blocos são as duas principais motivações da prefeitura para punir os foliões que exageraram no equipamento de som. “Sabemos que muitos blocos se transferiram para o Recife Antigo por conta desses abusos. Em 2001, é possível que firmemos um acordo com a Diretoria de Controle Urbano para lacrar e recolher as caixas de som dos foliões que cometerem excessos. Será uma terapia de choque, infelizmente necessária para manter a espontaneidade e alegria do Carnaval de Olinda” explicou Eunícia Gonçalves.<sup>4</sup>

Fazem parte do elenco de aparelhos elétricos-mecânicos emissores de ondas sonoras excessivamente ruidosas, os motores dos veículos automotores. Com efeito, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) está para adotar

<sup>4</sup> Edição de 10 de março de 2000, Coluna Cidades, p. 01.

normas internacionais, que visam aperfeiçoar a produção automobilística, no sentido de ganhar 12 db nos veículos novos.<sup>5</sup>

Segundo a Fundação Centro Espaço Tecnológico de Minas Gerais, a poluição sonora ou ruído urbano, origina-se de diferentes fontes de emissão, tais como empreendimentos industriais, comerciais, construção civil, tráfego aéreo, ferroviário e veículos automotores.<sup>6</sup>

Podemos neste tópico abranger não somente a poluição sonora levada a efeito pelas grandes indústrias, como também a produzida pelos pequenos empreendimentos que trabalham com equipamentos mecânicos, de que são exemplos as serralharías, as serrarias, dentre outros.

Os equipamentos utilizados na indústria possuem uma capacidade de emissão de ondas sonoras com freqüências muitas além, do limite máximo permitido por Lei. A grande diferença entre estes equipamentos e os equipamentos anteriores referidos, está na função precípua exercida por cada um deles, pois enquanto nos segundos equipamentos a emissão de ondas sonoras constitui função primordial, representando a sua própria razão de ser, nos primeiros a emissão de ondas sonoras decorre da sua utilização, embora eles não tenham essa função, mas outras relacionadas com a atividade industrial, como por exemplo, o equipamento utilizado pelas montadoras de veículos automotores.

No que toca às grandes indústrias, o problema deve ser encarado sob dois ângulos. No primeiro, devemos pôr em evidência o elemento humano, ou seja, quais as conseqüências diretas na vida das pessoas, quando a poluição sonora é

<sup>5</sup> Segundo informação obtida junto ao Agente Fiscal de Controle Urbano e Ambiental da Secretaria de Planejamento da Cidade do Recife, Aginaldo Arruda Júnior.

<sup>6</sup> FUNDAÇÃO CENTRO ESPAÇO TECNOLÓGICO DE MINAS GERAIS. *Desenvolvimento Metodológico de Técnicas de Medição e Avaliação de Ruídos Urbanos*. 1.ed. Belo Horizonte: [s.n.], 1987. p. 36.

produzida pelas grandes indústrias. No segundo, qual o impacto causado no meio ambiente e que afeta de maneira indireta a vida das pessoas.

O art. 1º da Lei nº 2.312, de 03 de setembro de 1954, que trata das normas gerais sobre defesa e proteção da saúde, já dispunha que é dever do estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo.

### 2.3 Dos danos causados à saúde

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito à saúde, enquanto o art. 225 erige como um direito de toda coletividade um meio ambiente equilibrado.

Consoante se infere dos dispositivos legais e constitucionais acima mencionados, a preocupação dos Constituintes com a saúde e o meio ambiente, foi cristalina.

Os danos causados a saúde pela sonorização ilegal são inúmeros. Quando a poluição sonora é de tal ordem que afeta não apenas um ou alguns, mas o meio ambiente, e por via de consequência a coletividade dele dependente, é possível afirmar que estamos diante de um caso de saúde pública.

A comprovação científica dos danos que a poluição sonora produz não é recente. Há tempos especialistas já alertam para os riscos à saúde existentes na emissão de ondas sonoras em níveis elevados.

Segundo consulta formulada ao Dr. Cristiano Augusto Hecksher, clínico geral atuante na cidade do Recife, médico do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, do Hospital Agamenon Magalhães e do Hospital Memorial São José, a surdez pode ser um trauma decorrente de sons elevados, que corresponde à segunda causa de perda auditiva sensorial nos países de primeiro mundo. No Brasil, não temos estatística de âmbito nacional.

Conforme ainda o citado clínico, “os sons de 85 (oitenta e cinco) decibéis são potencialmente nocivos para a cóclea (ouvido interno), especialmente com exposições prolongadas”.<sup>7</sup>

A perda inicia-se com sons de alta frequência (especialmente 4.000 Hertz, progredindo até alcançar as frequências da fala humana). As causas mais comuns de lesões são os sons de máquinas industriais, armas de fogo, música em tons elevados e veículos automotores.

Por fim, afirma o Dr. Cristiano, “que nos últimos anos, o uso de medidores em locais de trabalho por agências reguladoras, tem levado a programas preventivos, os quais levam à redução das perdas ocupacionais”.<sup>8</sup>

Indivíduos de todas as idades, especialmente os que já apresentam lesões prévias, deveriam usar proteção auricular, sempre que expostos a sons de moderada intensidade, como também “EARMUFFS”<sup>9</sup> quando expostas a sons explosivos ou de alta intensidade.

Segundo Fernando Pimentel Souza, professor titular da Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em neurofisiologia e membro do Instituto de Pesquisa do Cérebro da Unesco, pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América do Norte mostraram que jovens expostos a ruído médio inferior a 71 decibéis, entremeados com pulsos de 85 decibéis, só a 3% do tempo, tiveram aumentos médios de 25% no colesterol e 68% numa das substâncias provocadoras do estresse: o **cortisol**. Mas, já a partir de 55 decibéis acústicos a poluição sonora provoca estresse, segundo a Organização Mundial de saúde. Pelo nível de ruído das nossas cidades e casas, a maioria dos habitantes deve estar sob estresse pro-

<sup>7</sup> Entrevista concedida em 20 de agosto de 2007.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Proteção auricular utilizada na aviação e por militares em treinamentos de guerra.

longado, surgindo ou agravando arterioscleroses, problemas de coração e de doenças infecciosas, fazendo inúteis dietas e acabando precocemente com suas vidas.

De acordo ainda com o eminente professor, “se o ruído é excessivo, o corpo ativa o sistema nervoso, que o prepara contra o ataque de inimigo invisível, sem pegadas, que invade todo o meio ambiente pelas menores frestas por onde passa o ar ou por toda ligação rígida à fonte ruidosa. O cérebro acelera-se e os músculos consomem-se sem motivo. Sintomas secundários aparecem: aumento de pressão arterial, paralisação do estômago e intestino, má irrigação da pele e até mesmo impotência sexual”.<sup>10</sup>

O juiz de direito de São Paulo Antônio Silveira R. dos Santos assim se pronuncia sobre os danos causados à saúde pela poluição sonora: “a poluição sonora dá-se por meio do ruído que é som indesejado, sendo considerada uma das formas mais graves de agressão ao homem e ao meio ambiente”.<sup>11</sup>

O magistrado, para demonstrar a variedade de causas e formas de danos que a sonorização abusiva pode acarretar, lembra de um caso concreto por ele julgado na Comarca de Diadema, quando “um menor pleiteou indenização por danos psíquicos devido ao ruído prolongado produzido por latidos de cães de um canil da prefeitura próximo à sua casa. A perícia reconheceu o dano psiquiátrico, a ação foi julgada procedente e confirmada em segunda instância, o que mostra a amplitude de causas e formas de danos que a poluição sonora pode produzir”.<sup>12</sup>

Outro sério dano causado pela poluição sonora é a insônia. No mundo moderno, cerca de 5% das insônias são causadas por fatores externos, principalmente pelo ruído. Um sono regular traz benéficas conseqüências para o indivíduo,

<sup>10</sup> Disponível em: [www.radix.com.br](http://www.radix.com.br). Acesso em: 06. jun. 2006.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

como a manutenção do equilíbrio psicológico, intelectual, de memória, de humor e de aprendizagem. Assim, faz-se extremamente necessária à regularidade do sono. O sono de todos os indivíduos é sensível aos ruídos.<sup>13</sup>

De acordo com o Prof<sup>o</sup>. Hélio Gomes, em qualquer horário o ruído elevado é perturbador. Por exemplo, um pulso de som de 90 (noventa) decibéis com duração de apenas 20 (vinte) segundos, desenvolve constrição periférica nos vasos sanguíneos 04 (quatro) vezes mais durável.<sup>14</sup>

### 3 O TEMA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

#### 3.1 Em nível constitucional

A nova ordem jurídico-constitucional, instaurada pela Carta Magna de 1988, elencou como direito fundamental do cidadão a vida, donde deflui-se que a incolumidade corporal está implicitamente protegida, pois não se compreende a tutela da vida sem a garantia de uma proteção à integridade física.

Desse modo, nesse primeiro aspecto, cremos estar a incolumidade física constitucionalmente protegida. Além disso, importa saber que a proteção é imediata, com a significação de que não precisa de regulamentação posterior para ser invocada e eficazmente tutelada via Judiciário. Aliás, é o que expressamente preceitua o § 1º do art. 5º da Carta Política de 1988.<sup>15</sup>

Os danos que podem ser causados à saúde, em virtude da poluição sonora, são inúmeros, consoante já demonstrado no capítulo anterior. Assim, não se há de estranhar a afirma-

<sup>13</sup> Disponível em: [www.terraviva.pt/copacabana](http://www.terraviva.pt/copacabana). Acesso em: 17 jul. 2006.

<sup>14</sup> GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 21.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, s.d. p. 253.

<sup>15</sup> § 1º, art. 5º, CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

ção de que a poluição sonora ofende um dos primeiros direitos fundamentais postos pelo legislador constituinte no ordenamento jurídico, que, por ser de âmbito constitucional, está a merecer proteção especial do Estado.

Por outro lado, a saúde está expressamente prevista como valor a ser tutelado pela República Federativa do Brasil, visto que o art. 6º contém previsão expressa a respeito. Trata-se de norma estatuída como direito social do cidadão, o que nos leva à conclusão de serem eles extensíveis a todos os membros do corpo social, e portanto, passíveis de invocação imediata, desde que violados.

Para corroborar o sentido material atribuído pelo Constituinte ao valor vida, e não meramente formal, foi que a CF/88, em seu art. 225, V, elevou à categoria de valor a ser protegido pelo poder público a qualidade de vida. Assim, fica demonstrada, dessa forma, a preocupação constitucional em garantir ao cidadão uma permanente melhoria na qualidade de vida.

O mesmo dispositivo constitucional (art.225) garante a todos um meio ambiente equilibrado. Sobre isso, afirma o magistrado paulista Antonio Silveira: "Assim, por se tratar de problema social e difuso, a poluição sonora deve ser combatida pelo Poder Público e pela Sociedade. Individualmente com ações judiciais de cada prejudicado ou coletivamente mediante ação civil pública (Lei nº 7.347/85) para a garantia do direito ao sossego público, o qual está resguardado pelo art. 225 da Constituição Federal, que diz ser direito de todos o meio ambiente equilibrado, o que não se pode considerar como tal em havendo poluição sonora, quer doméstica, urbana, industrial ou no trabalho"<sup>16</sup>

<sup>16</sup>Disponível em: [www.juridnet.com.br/noticias/CorreioBraziliense/Set1999/060999010.htm](http://www.juridnet.com.br/noticias/CorreioBraziliense/Set1999/060999010.htm). Acesso em: 05 set. 2006.

Há, ainda, no âmbito constitucional, a proteção do direito ao lazer, tanto para aqueles que exercem atividade laboral, como para as crianças, por expressas disposições contidas nos arts. 6º e 227º, respectivamente.

No tocante àqueles que exercem atividade laboral, verifica-se que o direito ao lazer lhes é conferido como forma de compensar e preparar psicologicamente a pessoa para a jornada de trabalho que está por vir, avultando daí a importância da proteção a esse direito. Faz-se necessário, por conseguinte, um controle e uma repressão mais efetiva ao abuso de direito, até mesmo pela natureza constitucional do direito ao lazer. Assim é que, existindo um confronto entre o interesse egoístico em escutar músicas em elevados índices de frequência sonora e o interesse público em garantir aos trabalhadores o sossego necessário ao restabelecimento do equilíbrio espiritual, cremos dever prevalecer este último.

Quanto às crianças, deve-se atentar para a sua condição de pessoas em desenvolvimento, que necessitam de cuidados especiais para uma formação adequada. O lazer é importantíssimo, diríamos mesmo fundamental, para garantir o crescimento da criança sem complexos ou distúrbios psicológicos ou psiquiátricos. Portanto, a violação desse direito, pela sonorização ilegal deve ser rigorosamente punida, com a aplicação, inclusive, das medidas e sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Doutra parte, essas garantias constitucionais servem de norte à interpretação da legislação infraconstitucional relativa ao tema. Com efeito, a interpretação de dispositivos legais que visem solucionar conflitos de interesses dessa natureza, deve considerar a importância do direito tutelado, tanto que foi erigido a direito de natureza constitucional.

## 3.2 Em nível infra-constitucional

### 3.2.1 A responsabilidade penal

#### 3.2.1.1 Legislação

No direito penal, a matéria acha-se regulada pela lei das Contravenções Penais, que em seu art.42, III, comina a pena de prisão simples de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, àquele que praticar, por qualquer dos modos ali elencados, a poluição sonora com perturbação do trabalho ou sossego alheios.<sup>17</sup>

Trata-se do único dispositivo a cuidar expressamente da matéria no âmbito penal. É facilmente perceptível, pois, a carência de efetivas medidas repressivas da poluição sonora. Com pena tão reduzida e a possibilidade de aplicação de diversos institutos do Direito Penal Brasileiro que permitem a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (penas alternativas, transação penal e suspensão condicional da pena - *sursis* penal) ou a suspensão condicional do processo (*sursis* processual), dificilmente o infrator se sentirá inibido de praticar o ato ilícito tipificado no art.42 da Lei de Contravenções Penais.

#### 3.2.1.2 Doutrina

Os estudos doutrinários acerca do tratamento jurídico penal da poluição sonora são também assaz reduzidos. Não há notícia de jurista brasileiro que tenha dedicado obra exclusivamente sobre essa matéria. Limitam-se a comentar o dispositivo existente na Lei de Contravenções Penais.

<sup>17</sup> Art. 42: Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios: III- abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos.

Sérgio de Oliveira Médici, em comentário ao art. 42 da Lei de Contravenções Penais, afirma que “com este dispositivo, a Lei de Contravenções visa coibir algumas atividades e, conseqüentemente, garantir a execução normal do trabalho e a tranqüilidade a que todos têm direito. Trata-se de eficiente meio jurídico-penal de conter a discutida poluição sonora, que tantos males causa aos habitantes dos grandes centros urbanos”.<sup>18</sup>

Daí percebe-se, portanto, a aplicabilidade do dispositivo às hipóteses de ultraje aos limites legais de índices de frequência, eis que perfeitamente capazes de perturbar ou molestar a tranqüilidade alheia. E não se diga que apenas os instrumentos que têm a finalidade específica de emitir ondas sonoras é que poderiam fazer com que o responsável pela sua má utilização sofresse a imputação pela realização do pressuposto. Não, até porque, conforme anota Bento de Faria, citado por Sérgio de Oliveira Médici, “por instrumento sonoros se entenda não só os que são normalmente destinados a produzir sons (os instrumentos musicais, os gramofones, os rádios, as campainhas, os sinos, etc.) como quaisquer outros utilizados, ocasionalmente, para o mesmo fim”.<sup>19</sup>

#### 3.2.1.3 Jurisprudência

A jurisprudência pouco tem se manifestado sobre a questão, restringindo-se a fazer a interpretação do art. 42, III, da Lei das Contravenções Penais. O então Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já decidiu pela caracterização da infração quando do “abuso de instrumento sonoros - infração caracterizada - acusado que, para atrair fregueses ao seu estabe-

<sup>18</sup> MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções Penais: Doutrina - Prática - Jurisprudência - Legislação*. 3.ed. [S.l.] : Editora Javoli, 1988. p. 160

<sup>19</sup> *Idem*. p. 162

## 3.2 Em nível infra-constitucional

### 3.2.1 A responsabilidade penal

#### 3.2.1.1 Legislação

No direito penal, a matéria acha-se regulada pela lei das Contravenções Penais, que em seu art.42, III, comina a pena de prisão simples de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, àquele que praticar, por qualquer dos modos ali elencados, a poluição sonora com perturbação do trabalho ou sossego alheios.<sup>17</sup>

Trata-se do único dispositivo a cuidar expressamente da matéria no âmbito penal. É facilmente perceptível, pois, a carência de efetivas medidas repressivas da poluição sonora. Com pena tão reduzida e a possibilidade de aplicação de diversos institutos do Direito Penal Brasileiro que permitem a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (penas alternativas, transação penal e suspensão condicional da pena - sursis penal) ou a suspensão condicional do processo (sursis processual), dificilmente o infrator se sentirá inibido de praticar o ato ilícito tipificado no art.42 da Lei de Contravenções Penais.

#### 3.2.1.2 Doutrina

Os estudos doutrinários acerca do tratamento jurídico penal da poluição sonora são também assaz reduzidos. Não há notícia de jurista brasileiro que tenha dedicado obra exclusivamente sobre essa matéria. Limitam-se a comentar o dispositivo existente na Lei de Contravenções Penais.

<sup>17</sup> Art. 42: Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios: III- abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos.

Sérgio de Oliveira Médici, em comentário ao art. 42 da Lei de Contravenções Penais, afirma que “com este dispositivo, a Lei de Contravenções visa coibir algumas atividades e, conseqüentemente, garantir a execução normal do trabalho e a tranqüilidade a que todos têm direito. Trata-se de eficiente meio jurídico-penal de conter a discutida poluição sonora, que tantos males causa aos habitantes dos grandes centros urbanos”.<sup>18</sup>

Daí percebe-se, portanto, a aplicabilidade do dispositivo às hipóteses de ultraje aos limites legais de índices de frequência, eis que perfeitamente capazes de perturbar ou molestar a tranqüilidade alheia. E não se diga que apenas os instrumentos que têm a finalidade específica de emitir ondas sonoras é que poderiam fazer com que o responsável pela sua má utilização sofresse a imputação pela realização do pressuposto. Não, até porque, conforme anota Bento de Faria, citado por Sérgio de Oliveira Médici, “por instrumento sonoros se entenda não só os que são normalmente destinados a produzir sons (os instrumentos musicais, os gramofones, os rádios, as campanhas, os sinos, etc.) como quaisquer outros utilizados, ocasionalmente, para o mesmo fim”.<sup>19</sup>

#### 3.2.1.3 Jurisprudência

A jurisprudência pouco tem se manifestado sobre a questão, restringindo-se a fazer a interpretação do art. 42, III, da Lei das Contravenções Penais. O então Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já decidiu pela caracterização da infração quando do “abuso de instrumento sonoros - infração caracterizada - acusado que, para atrair fregueses ao seu estabe-

<sup>18</sup> MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções Penais: Doutrina - Prática - Jurisprudência - Legislação*. 3.ed. [S.l.] : Editora Javoli, 1988. p. 160

<sup>19</sup> Idem. p. 162

lecimento, utilizava-se de rádio-vitrola a todo volume, mesmo depois das 24 horas - condenação mantida nesse tocante- inteligência do art. 42, III, da Lei das Contravenções Penais".<sup>20</sup>

O art. 42 da Lei de Contravenções Penais é norma destinada à pessoa que abusa dos instrumentos sonoros, e não ao proprietário do estabelecimento onde se dá a ocorrência do fato. Assim já decidiu a mesma Corte de Justiça Criminal, tendo por Relator o Juiz Gerval Bernadino de Souza.<sup>21</sup>

Percebe-se, pois, que o tratamento da matéria no âmbito jurídico-penal ainda é tímido, havendo apenas, consoante se pôde observar, um dispositivo a cominar sanção para tal prática abusiva. Além disso, também se observou a leveza da pena aplicável, possibilitando, assim a incidência da novel Lei nº 9.099/95, que permite a aplicação imediata de sanção restritiva de direitos ou ainda suspensão condicional do processo, o chamado *sursis* processual, que não submete o acusado a um dia sequer de privação de liberdade.

### 3.2.2 A Responsabilidade Civil

Face às deficiências apresentadas pelo Direito Penal no combate à poluição sonora, cremos estar ainda no Direito Civil a maior fonte de proteção dos cidadãos quanto a este tipo de abuso de Direito, sob a forma da responsabilidade civil.

<sup>20</sup> RT 447/409 - Ementa Oficial: Perturbação do trabalho ou do sossego alheios. Abuso de instrumentos sonoros. Alegação do acusado de que não é proprietário do bar onde este ocorria. Irrelevância. Ato praticado pelo próprio réu. Justa causa para Ação Penal. Trancamento inadmissível. "Habeas Corpus" denegado.

<sup>21</sup> RT 613/374 - Ementa Oficial: Contravenção Penal. Alegação de falta de justa causa para instauração do procedimento penal. Se a norma contida no art. 42 da Lei das Contravenções Penais destina-se à pessoa que abusa dos instrumentos sonoros, inaceitável é o argumento orientador da falta de justa causa.

Mais aproximado da idéia de responsabilidade está a de obrigação. A palavra responsabilidade exprime uma idéia de equivalência de contraprestações, de correspondência. A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social. Assim, é lógico admitir que são inúmeras as espécies de responsabilidade. É o que nos ensina José de Aguiar Dias.<sup>22</sup>

No campo do Direito, e mais particularmente do Direito Civil, a responsabilidade implica a idéia de vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas. Tal vínculo pode ser estabelecido pela própria lei ou por convenção entre vontades livres e conscientes. Interessa-nos, pois, a vinculação e a conseqüente responsabilidade decorrente de lei.

Dúvida não há quanto à existência de responsabilidade e conseqüente obrigação de reparação dos danos causados, por dolo ou culpa. A obrigação de reparar nasce da prática de ato considerado pelo ordenamento jurídico como não permitido.

A responsabilidade é, portanto, o resultado da ação pela qual o homem expressa seu comportamento diante de um fato, ou seja, de um dever ou uma obrigação; logo, não há que se falar em sanção ou reposição daquele que previamente já cumpriu a sua obrigação ou o seu dever.

Assim, no âmbito da poluição sonora, o dever de reposição e reparação pode surgir por vários motivos e de várias maneiras.

Existem obrigações de respeito a limites quanto aos níveis de emissão de ondas sonoras. Essas limitações aparecem no âmbito constitucional, quando é determinado sejam respeitados os direitos à incolumidade física, à saúde e à qualidade de vida; no âmbito penal, exigindo respeito ao traba-

<sup>22</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 02-03

lho e sossego alheios; no âmbito civil pelas limitações estabelecidas nas normas que regulam os direitos de vizinhança; no âmbito consumeirista, com as normas de regência das relações de consumo e no âmbito do direito municipal, com as normas fixadoras dos limites legais de tolerância de ondas sonoras ou ruídos.

A utilização de máquinas industriais, veículos automotores, aparelhos sonoros, ou qualquer outro instrumento emissor de ruído, abusivamente e desde que viole qualquer dessas disposições, sujeita o seu proprietário ou seu possuidor a reparar os prejuízos causados com a sua conduta perniciososa.

A norma geral que obriga àquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, a reparar o dano está contida no art. 927 do novo Código Civil.<sup>23</sup>

Desse modo, a emissão de ondas sonoras que venham a causar qualquer prejuízo ou violação de direito, acarreta para seu causador o dever de reparar o dano. Por exemplo, uma indústria que utilizando máquinas que emitem ruídos insuportáveis para ouvidos comuns, vem a causar lesões no sistema auditivo de pessoas que habitam nas suas adjacências. Houve, no caso, um dano ou prejuízo que deve ser reparado pelo proprietário das máquinas ruidosas. A verificação da culpa e forma de liquidação do dano far-se-ão de acordo com o estabelecido nos arts. 929, 930, 932, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 942 da Lei 10.406/2002 (Novo Cód. Civil).

Obviamente, conforme se observou, para a responsabilização é necessário a demonstração de culpa ou dolo. Afóra as hipóteses que possam advir das relações de consumo, onde a

<sup>23</sup> Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

responsabilidade é objetiva, a atribuição do dever de reparar um dano depende da demonstração de que o agente atuou voluntária, imprudente ou negligentemente. É a teoria da culpa.

“Culpa e risco são títulos, modos, casos de responsabilidade civil”.<sup>24</sup> No campo da poluição sonora, igualmente está presente a idéia de responsabilidade subjetiva. É necessário demonstrar que a emissão de ruídos decorreu, pelo menos, de culpa, sem o que é impossível a atribuição de responsabilidade. É necessário verificar se havia, no mínimo, possibilidade de previsão do resultado ou previsibilidade. Se, pelas circunstâncias, não era possível prever a ocorrência do resultado, não se há de falar em culpa, e, portanto, de responsabilidade no âmbito do direito civil.

Ainda na órbita jurídico-civil, tema ligado à Responsabilidade Civil decorrente de atos de poluição sonora é o do direito de propriedade, principalmente em se tratando de relações de vizinhança.

“Também nas relações de vizinhança, prevê o Código Civil as conseqüências do uso abusivo do direito”.<sup>25</sup> Efetivamente, observa-se que a utilização da propriedade com finalidades diversas daquelas que lhes são atribuídas pela lei configura ato abusivo, a ensejar a responsabilidade. A idéia de utilização da propriedade com objetivos outros que não os previstos em lei, encontra-se implicitamente contida no art. 188 do novo Código Civil, estatuinto que não configura ato ilícito os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. Assim, conclui-se que a utilização irregular da propriedade, direito reconhecido em lei, caracteriza ato ilícito, abusivo, passível de reparação.

<sup>24</sup> DIAS, José de Aguiar, obra citada, p. 12.

<sup>25</sup> AZEREDO, G. de Carvalho. *Indenização por Ato Ilícito*. [S.l.] : Coelho Branco Francisco, 1945 p. 21.



O entendimento acima explanado é aquele comungado, por exemplo, pelo Prof<sup>o</sup>. Sílvio Rodrigues, que afirma ocorrer o abuso “quando o agente atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito e ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem”.<sup>26</sup>

Alvino Lima, citado pelo Prof<sup>o</sup>. Sílvio Rodrigues, distingue o ato abusivo do ato ilícito, embora deixe claro que ambos são encenadores de responsabilidade: “distinguem-se, pois as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas, fere-se ostensivamente a destinação do direito e do espírito da instituição”.<sup>27</sup>

Dessa forma, havendo má utilização de aparelhos sonoros ou capazes de emitir ruído, ou ainda da propriedade imóvel, afetando as atividades vizinhas, abrem-se as portas para uma ação de reparação de danos.

Pode a poluição sonora causar danos morais e materiais. De fato, reconhecida a ampla noção que adquiriu o atual conceito de dano moral, não há como se negar sua incidência no âmbito das relações de vizinhança e do abuso do direito de propriedade em geral, especificamente quando consistentes no mau uso de aparelhos emissores de ruídos ou ondas sonoras.

Wilson Melo da Silva, citado por Sílvio Rodrigues, define dano moral como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal em contraposição a patrimônio

<sup>26</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*; responsabilidade civil. [S.l.]: [s.n.], s.d. v. IV, p. 44.

<sup>27</sup> Idem, p. 45.

material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”<sup>28</sup>

No tocante à poluição sonora, o dano moral pode vir sob a forma de descontrole das atividades ou programações alheias. Com efeito, pessoas são incomodadas no seu descanso, trabalhos de pesquisa, estudo, diálogo entre familiares, entre outras, pela emissão de ruídos advindos de propriedade vizinha, **muito acima dos limites fixados na legislação municipal**.

Exemplo concreto seria o de um aluno que, às vésperas de uma prova final para a qual se preparava em sua residência, estudando o assunto que seria objeto do exame final, vê-se extremamente incomodado pela emissão de fortes ruídos advindos da residência vizinha. O aluno acaba por não se concentrar e é reprovado ao fazer o exame.

Dessa forma, verificado o dano moral, surge para o prejudicado o direito a se ver ressarcido pelos prejuízos sofridos, na forma do artigo 927 do Código Civil.

Por outro lado, deve o dano patrimonial experimentado também ser ressarcido. Esse dano pode ser representado pelo lucro cessante, por exemplo, quando um estabelecimento comercial, um escritório ou um consultório deixam de receber clientes face aos ruídos emitidos por propriedade alheia; e pelos danos emergentes, conceituados por Washington de Barros Monteiro como “a perda efetivamente sofrida pelo credor”,<sup>29</sup> o que ocorreria, por exemplo, quando a pessoa sofreu, em decorrência dos ruídos, lesão ao sistema auditivo, tendo a partir daí que despendar valores a fim de custear o tratamento.

Além da obrigação de dar, sob a forma pecuniária, pode o emissor de ondas sonoras ser obrigado a fazer ou deixar de

<sup>28</sup> Idem, p. 190.

<sup>29</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. [S.l.]: [s.n.], s.d. v.4. p. 64.

praticar o ato atentatório. Na obrigação de fazer, nos dizeres do preclaro autor Washington de Barros Monteiro, “a prestação consiste num ato do devedor, ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação”.<sup>30</sup>

Assim, pode ser imposta ao devedor a realização de um revestimento acústico, a fim de concentrar o som, evitando dessa forma a sua propagação. Parece-nos bastante eficiente essa medida, como forma de coibir a prática abusiva. Com efeito, caso a determinação jurisdicional não seja atendida pelo devedor, poderá o juiz impor-lhe as chamadas astreintes, consistentes em multa diária por descumprimento da obrigação de fazer.

Por fim, surge a obrigação de não fazer, enquadrando-se, aliás, perfeitamente na restrição à emissão de ondas sonoras acima do permissivo legal. De fato, o que se exige precipuamente do agente ou agentes emissores de ondas sonoras é abstenção da prática do ato ou a sua prática dentro dos limites legais. Consistiria a obrigação de não fazer, dentro do âmbito da poluição sonora, na exigência de uma atitude passiva de uma pessoa em relação a outra, a fim de que esta última se abstinhasse da prática de ato que incomodasse a primeira. Não se trataria, pois, de uma obrigação decorrente de um contrato, mas de uma obrigação legal decorrente das restrições estabelecidas pelos direitos de vizinhança, os quais sabemos constituírem-se em normas limitativas do direito de propriedade imóvel.

Assim, entendemos prestar-se eficazmente ao combate à poluição sonora, a ação cominatória oferecida pelo direito adjetivo civil, encontrada no art. 287 do Digesto Processual. A ação interposta com essa finalidade, pois, obrigaria o devedor a não praticar o ato atentatório, sob pena de responder

<sup>30</sup> Idem, p. 88.

pela multa fixada para o caso de inobservância da determinação judicial. Nesse diapasão, é válido salientar que o art. 390 do Código Civil estabelece “que nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora desde o dia em que executar o ato de que se devia abster”.<sup>31</sup>

### 3.2.3 No direito de vizinhança

O Direito Civil Brasileiro contempla a matéria no Capítulo V, do Título III, do Livro III, da Parte Especial do Código Civil, quando trata dos direitos de vizinhança, mais especificamente no art. 1277, que confere ao proprietário ou inquilino o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar o sossego ou a saúde dos que habitam o seu prédio.

É o direito de propriedade direito real por excelência, que confere ao seu titular as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa de quem quer que injustamente a detenha, isso em sua forma pura. O direito de propriedade é o direito real mais importante, pois carrega os traços marcantes que distinguem os direitos reais dos direitos pessoais.

Com efeito, pode o titular do domínio exercer o seu direito de propriedade diretamente sobre a coisa, prescindindo, pois, da intervenção de interposta pessoa, o que já não acontece com os direitos pessoais. Isto não significa que os direitos reais comportem uma relação jurídica entre pessoa e coisa, mas que na relação jurídica que tem por objeto um direito real, ao exercício desse direito não é necessário qualquer ato de uma pessoa determinada, já que o titular do domínio tem um poder direto e imediato sobre a coisa.

Entretentes, é preciso entender que não existem direitos absolutos, os quais teriam o condão de excluir toda e

<sup>31</sup> Idem, p. 106.

qualquer pretensão alheia. A organização da vida em sociedade não foi feita por acaso, sem qualquer sacrifício por parte dos seus primeiros membros. Estes cuidaram de sacrificar uma parcela da sua liberdade, entregando-a ao soberano, a fim de poderem gozar da parcela restante com segurança. Assim, além das limitações impostas pelo Estado, com o fim de tutelar e preservar interesses públicos, há também limitações impostas pela própria vida em sociedade, tendo em vista as relações intersubjetivas, onde deve haver um mútuo sacrifício de direitos entre as pessoas, como requisito necessário a uma convivência pacífica.

O art. 1277 do Código Civil Pátrio é incisivo quanto a tal direito, conferindo ao proprietário ou inquilino de um prédio a faculdade de impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique o sossego, segurança e a saúde sua e dos seus.<sup>32</sup>

Dessa forma, uma vez emitidas ondas sonoras pela propriedade vizinha em níveis acima daqueles toleráveis, há que se concluir pela configuração da violação do sossego ou saúde alheios pela poluição sonora, surgindo para o prejudicado o direito subjetivo de invocar a norma contida no art. 1277 do Código Civil, a fim de fazer valer o seu direito ao sossego e à saúde.

Por outro lado, há que se ponderar que não é qualquer emissão de onda sonora que irá configurar a hipótese prevista naquele preceito legal. Conforme Arthur de Castro Borges, professor das Faculdades de Direito Cândido Mendes, Petrópolis, Pontifícia Universidade Católica, Universidade Gama Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Brasileira de Ciências Jurídicas, “o som - é sabido - tem duas grandezas distintas: - frequência das oscilações (número de ondas de compressão que chegam ao ouvido, por segundo) e

<sup>32</sup> Art. 1277: O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

- a amplitude da pressão acústica, ou seja, o valor máximo da variação da pressão de uma onda de compressão, equivalendo a nota lá, a uma frequência de 435 por segundo”<sup>33</sup>.

Os órgãos jurisdicionais têm provido os pedidos de imposição de preceito cominatório com o fito de impedir a continuidade da poluição sonora.

### 3.2.4 Nos demais ramos do direito

Uma das características mais marcantes da sociedade atual é a produção em massa, fruto da revolução industrial e revolução tecnológica. A colocação de bens ou serviços no mercado de consumo, a cargos de fornecedores, gera uma relação de responsabilidade decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual).

O Capítulo IV da Lei nº 8.078, de 11/09/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe sobre a qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. A Seção do capítulo em epígrafe trata da proteção à saúde e segurança. Assim, os riscos à saúde e segurança se encontram tutelados nas disposições normativas do art. 8º ao art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, quando o consumidor adquire, por exemplo, um liqüidificador, deverá observar se o ruído apresentado pelo referido eletrodoméstico está dentro dos patamares de decibéis aceitáveis, aconselhados pela medicina e conseqüentemente tutelados pelas disposições legais pertinentes. Deveria, ao menos, o fabricante, inserir na embalagem do produto os riscos à saúde que ele pode provocar, consoante determina o art. 9

<sup>33</sup> BORGES, Arthur de Castro. *A poluição Sonora e o Direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. p. 23.

do Código Consumerista. Logo, poderão ser responsabilizados por eventuais danos dos citados vícios de informação os fabricantes, conforme reza o art. 22 e parágrafo único do citado Código.

Uma medida bastante salutar que os fabricantes deveriam tomar, era de instalar no próprio equipamento elétrico-eletrônico um componente que através do qual o consumidor pudesse verificar a quantidade de decibéis que estava sendo medido no momento do seu funcionamento.

#### 4 CONCLUSÃO

Eis o nosso entendimento acerca da poluição sonora no direito brasileiro.

Nesta conclusão, não poderia deixar de lamentar pelo escasso tratamento que observamos tem sido dado à matéria. Os danos acarretados pela sonorização ilegal são inúmeros, entretanto, o tema ainda é timidamente tratado pelo Poder Legiferante.

Mister se faz que nossos legisladores atentem para os malefícios trazidos por este tipo de poluição, no tocante à saúde, ao bem-estar, a qualidade de vida, ao meio ambiente.

Embora existam disposições constitucionais que implícita ou indiretamente se relacionem com a matéria, é difícil encontrarmos decisões judiciais acolhendo pedidos de reparações dos danos causados à saúde e ao sossego pela poluição sonora com base na Carta Magna. Em razão disso, continua a ser o direito civil o mais eficaz combatente dos abusos provenientes dessa perniciosa forma de poluição.

À vista de tudo isso é que encerramos este trabalho clamando por uma maior atenção por parte dos nossos parlamentares e administradores para a matéria, pois como ressaltado no corpo do trabalho, hoje a poluição sonora representa uma questão verdadeira de saúde pública.

## CUIDADOS PALIATIVOS: DESAFIO CONTEMPORÂNEO DA MEDICINA EM FACE DOS DIREITOS INERENTES À PESSOA

*Ângela Carolina Porto Ribeiro*

Bacharela em Direito; Concluinte do Curso de Preparação à Magistratura e Demais Carreiras Jurídicas da ESMape. Pós-graduanda em Direito Público *Lato Sensu* pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau

#### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 CONCEITOS DE VIDA E MORTE. 2 DO DIREITO À VIDA. 2.1 Decorrências do direito à vida. 2.2 Eutanásia. 2.3 Ortotanásia. 3 DO DIREITO À LIBERDADE. 3.1 Liberdade de consciência. 3.2 Liberdade de crença. 3.3 Decorrências do direito à liberdade de crença. 4 DO DIREITO À INFORMAÇÃO. 5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 6 DOS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS. 6.1 Princípio da não-maleficência. 6.2 Princípio da beneficência. 6.3 Princípio da autonomia. 6.4 Princípio da justiça. 7 DOS CUIDADOS PALIATIVOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

#### INTRODUÇÃO

Até bem pouco tempo os médicos tratavam os doentes somente enquanto consideravam haver possibilidade de cura. Esgotados os tratamentos terapêuticos, as famílias eram acon-

selhadas a levar o paciente para morrer em casa, desassistido e conseqüentemente submetido a um sofrimento atroz.

Atualmente, com o crescente avanço científico-tecnológico é possível lançar mão de recursos capazes de propiciarem uma melhoria na qualidade de vida de pacientes em estágio terminal, e a medicina, não sem tempo, enfim assumiu sua responsabilidade precípua como ciência: a de acompanhar o paciente até o término de sua existência.

Para exercer satisfatoriamente o seu ofício, a ciência médica muitas vezes tem se utilizado dos chamados cuidados paliativos. Estes constituem uma nova especialidade de tratamentos médicos destinados a pacientes terminais e que têm por escopo o enfrentamento do grave sofrimento físico e psíquico experimentado pelo enfermo na etapa final de sua vida, amenizando a dificuldade e a tristeza sofrida por ele e por seus familiares.

A utilização ou não de cuidados paliativos pode ensejar problemáticas de ordem jurídica, ética, moral, filosófica e religiosa, pois exige uma análise particularizada de cada caso, sopesando a opinião médica, a do paciente e a de sua família, exigindo-se o consentimento informado do doente, de modo a salvaguardar a atividade médica de uma futura responsabilização.

O emprego dos métodos paliativos por vezes atenta contra a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e a liberdade de consciência, no entanto tem por alicerce estrutural o respeito à vida, contemplando a proximidade da morte através de uma perspectiva profundamente humana.

O assunto em comento ultrapassa a seara do Direito, adentrando em premissas de ordem ética, filosófica, moral e religiosa, sendo de fundamental importância a abordagem do tema, em virtude da carência de normatização jurídica a seu respeito, não podendo o caso concreto ficar sem solução.

A abordagem jurídica no que concerne aos cuidados paliativos será aventada sem esgotamento, com o intuito de

suscitar reflexões que possam vir a influenciar decisões judiciais, auxiliando os operadores do Direito na busca do ideal supremo de Justiça.

## 1 CONCEITOS DE VIDA E MORTE

O conceito de vida é uma questão filosófica de indagação profunda. Há aqueles que, para efeito de tutela jurídica, definem a vida como o estado em que se encontra o ser humano, normais ou anormais que sejam suas condições fisiopsíquicas.

A morte, ao contrário, é a cessação da vida, sendo diagnosticada pelo fim das funções vitais do organismo: respiração, circulação e atividade cerebral. O diagnóstico médico da morte, em regra, é dado mediante a constatação clínica da paralisação da respiração e da circulação, bem como de outros sinais evidenciadores do término das funções vitais do organismo humano.

Para efeito de transplante, no entanto, em razão da possibilidade de manutenção artificial das funções respiratória e circulatória, exige-se a verificação da morte encefálica, conforme prevê a Lei nº 9.434/1997.

## 2 DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância protegido pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa, sem que fosse assegurada a sua vida.

O direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim de não ter o

processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.

A *Lex Mater* tutela o direito à vida sem estabelecer o momento inicial e final da proteção jurídica. Esses termos, por opção do poder constituinte originário, devem ser fixados pela legislação infraconstitucional, obedecidos os preceitos da Constituição. O direito à vida é protegido pelo legislador ordinário desde a concepção. De acordo com a legislação civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º do Código Civil de 2002).

De acordo com a legislação penal, matar alguém durante ou após seu nascimento é homicídio (art. 121 do Código Penal Brasileiro), já a mãe que sob a influência de estado puerperal mata seu próprio filho durante ou logo após o parto comete infanticídio (art. 123 do mesmo diploma legal). A provocação da morte do produto da concepção antes do nascimento é considerada aborto, nos moldes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. Induzir, instigar ou auxiliar uma pessoa a se matar é crime (art. 122 da norma penal), pois a vida é um bem jurídico indisponível. A morte não é um direito subjetivo, sendo lícita a conduta de quem impede alguém de se matar, utilizando-se dos meios que forem necessários (art. 146, §3º, inciso II do CP). A realização do aborto no Brasil só é admitida em duas hipóteses legais, absolutamente excepcionais: risco de morte para a gestante em decorrência da continuidade da gravidez e gravidez resultante de estupro (art. 128, incisos I e II do Código Penal).

Há autores, de posição ideológica conservadora, que sustentam que a proteção do direito à vida é estabelecida pela Constituição desde a concepção de forma absoluta, sem qualquer restrição. De acordo com esta opinião, o dispositivo legal que autoriza o denominado aborto sentimental - interrupção da gravidez decorrente de violência sexual - não teria sido

recepionado pela ordem constitucional. Em um entendimento mais rigoroso, fixando-se o momento inicial da tutela constitucional do direito à vida como o da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, a própria venda de alguns métodos anticoncepcionais, como o DIU (Dispositivo Intra-Uterino) e a denominada “pilula do dia seguinte”, seria inconstitucional, pois esses métodos possuem o efeito de obstar a nidação, ou seja, a fixação do óvulo no útero materno. Por essa razão, considerando que tais métodos anticoncepcionais são comercializados normalmente no país, outros penalistas, de concepção mais liberal, têm fixado o momento inicial de proteção do direito à vida como sendo o da nidação (neste sentido, Heleno Fragoso e Mirabete).

## 2.1 Decorrências do direito à vida

Do direito à vida decorre uma série de direitos, como o direito à integridade física e moral, a proibição da pena de morte e da venda de órgãos, a punição para os crimes de homicídio, de eutanásia, de ortotanásia, de aborto e de tortura. Para a abordagem do tema, serão feitos breves esclarecimentos a respeito de alguns destes institutos.

## 2.2 Eutanásia

Eutanásia é uma palavra composta de dois termos de origem grega (*eu* = bom e *thanatos* = morte), significando a denominada morte boa, ou homicídio piedoso, que consiste na prática pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável. No Brasil, em razão de a vida ser um bem jurídico indisponível, a eutanásia configura crime, punido como homicídio privilegiado, em virtude da presença de relevante valor moral na conduta do agente (art. 121, §1º do CP).

BIBLIOTECA DA  
ESMAPE

### 2.3 Ortotanásia

A ortotanásia é outra palavra composta de dois termos também de origem grega (*orthos* = justo e *thanatos* = morte), significando a denominada morte justa ou eutanásia passiva, em que o médico deixa de prolongar artificialmente a vida de um doente terminal, desligando os aparelhos que realizam as funções de respiração e circulação. É considerada, em alguns países, como a não utilização de tratamentos fúteis, desnecessários e onerosos. A ortotanásia também configura crime perante a nossa legislação penal.

## 3 DO DIREITO À LIBERDADE

Liberdade é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolher entre duas ou mais alternativas, de acordo com a sua própria vontade.

O direito à liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade levaria à sujeição dos mais fracos pelos mais fortes. Para que uma pessoa seja livre é indispensável que os demais respeitem a sua liberdade. Em termos jurídicos, é o "direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei". Um indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Considerando o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Carta Magna, apenas as leis podem limitar a liberdade individual.

### 3.1 Liberdade de consciência

A liberdade de consciência é de foro íntimo, interessando apenas ao indivíduo. Por sua própria natureza, é de caráter indevassável e absoluto e não está sujeita a qual-

quer forma de controle pelo Estado, abrangendo a liberdade de crença e a liberdade de consciência em sentido estrito.

A liberdade de crença é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões de natureza religiosa (art. 5º, inciso VI da CF/1988). A liberdade de consciência em sentido estrito é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões não religiosas. Trata-se de convicções de ordem ideológica ou filosófica.

### 3.2 Liberdade de crença

A liberdade de crença é de foro íntimo, em questões de ordem religiosa. É importante salientar que inclui o direito de professar ou não uma religião, de acreditar ou não na existência de um ou diversos deuses. O próprio ateísmo deve ser assegurado dentro da liberdade de crença. Encontra respaldo legal no art. 5º, inciso VI da Constituição Federal. A Constituição de 1824 estabelecia como religião do Império a Católica Apostólica Romana, permitindo apenas o culto doméstico para as outras crenças. Essa discriminação foi abolida com a proclamação da República.

### 3.3 Decorrências do direito à liberdade de crença

Existem diversas decorrências da ampla liberdade religiosa asseguradas no Texto Constitucional, quais sejam: direito de assistência religiosa, objeção de consciência, ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, §1º) e reconhecimento da validade do casamento religioso para efeitos civis (art. 226, §2º). Com relação à objeção ou escusa de consciência que guarda relação com o tema explanado, esta consiste, exemplificativamente, no direito de recusar a transfusão sanguínea em casos de morte iminente de quem

dela dependa, por motivo de crença religiosa, como ocorre com os adeptos da religião chamada Testemunhas de Jeová.

#### 4 DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação possui um triplice alcance: o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. A Constituição Federal, em diversos incisos do art. 5º, tutela o direito de informação, como, por exemplo, no inciso XIV, que estabelece: "é assegurado a todos o acesso à informação".

#### 5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está evidenciado no art. 1º, inciso III da norma pátria, que trata dos princípios fundamentais.

Nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>1</sup>:

*A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.*

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 50.

Na lição de José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida<sup>2</sup>".

Para Maria Helena Diniz<sup>3</sup>:

*Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.*

Kant<sup>4</sup>, por sua vez, afirma que:

*O princípio da dignidade da pessoa humana preceitua que a razão prática possui primazia sobre a razão teórica, a moralidade significa a libertação do homem e o constitui como ser livre. Pertence o homem ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa. Somente o homem não existe em função de outro, e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo, pois o homem é um fim em*

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 105.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena *apud* REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 63.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel *apud* SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 30 fev. 2007. p. 2.



si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por consecutivo, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

Não há no mundo valor que supere o da pessoa humana. A anteposição pelo valor coletivo não pode sacrificar, ferir, o valor da pessoa<sup>5</sup>. A pessoa – distinta do indivíduo – é um valor, cujo princípio, que é absoluto, é a dignidade, e sempre há de prevalecer sobre qualquer outro valor ou princípio, pois princípios são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral.

Um princípio não determina as condições que tornam sua aplicabilidade necessária, mas estabelece uma razão, um fundamento que conduz o intérprete naquela direção, sem com isso reclamar uma decisão específica, única.

Imperiosa é a observância de um princípio frente a outro em um caso concreto, em que apenas um deverá prevalecer. Aquele que fora obstado em determinada situação, jamais perderá a sua condição de princípio ou deixará de pertencer ao sistema jurídico. Todavia, razoável é valorar cada um dos princípios concorrentes e identificar uma conciliação entre eles<sup>6</sup>. Diferentemente dos princípios, as regras não podem ser valoradas de modo a propiciar que uma seja mais importante que as demais dentro do conjunto jurídico, pois havendo colisão de regras, a doutrina resolve a antinomia por critérios cronológicos – *lex posterior derogat priori*, hierárquicos – *lex superior derogat inferior* e de especialidade – *lex specialis derogat generali*<sup>7</sup>.

Para definir o caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, parte-se da situação do homem frente à sociedade, ao invés de observá-lo singularmente em sua esfera in-

<sup>5</sup> LACAMBRA, *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos, *op. cit.* p. 3.

<sup>6</sup> PÉRES LUÑO, Antonio E. *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos, *op. cit.* p. 5.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992. p. 92 a 107.

dividual. Caso haja embate entre direitos fundamentais de dois ou mais indivíduos, deve-se preservar o mínimo invulnerável, a pessoa, o seu valor, a sua dignidade humana, que é princípio absoluto assegurado pelo ordenamento jurídico. Segundo Immanuel Kant<sup>8</sup>, o homem deve sair do estado de natureza ético para tornar-se um membro de uma comunidade ética:

*É um dever particular, não dos homens para com os homens, mas do gênero humano para consigo mesmo. Cada espécie de seres racionais é, de fato, destinada objetivamente, na idéia da razão, a um fim comum, ou seja, ao avanço do bem supremo enquanto bem comum.*

A determinação principiológica da valoração da pessoa humana tem como conseqüência a afirmação de outros direitos específicos de cada homem e a dignidade da pessoa humana é o núcleo basilar dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva de tais direitos<sup>9</sup>, fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema desses direitos<sup>10</sup>.

Na órbita constitucional estão elencados os direitos fundamentais que compõem a estrutura primordial da sociedade a que fazem parte, sendo *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático e, como tais, dotados de hierarquia em relação às demais normas, estando vedada qualquer interpretação que venha a suprimir sua finalidade.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental fornece ferramentas para a redução de injustiças cometidas quando confrontadas diferenças de ordem social, cultural ou econômica.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, s.d. p. 93.

<sup>9</sup> FARIAS, Edilsom *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. 1998. p. 8.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos, *op. cit.* p. 8.

## 6 DOS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

O termo Bioética foi utilizado pela primeira vez pelo cientista Van Rensselder Potter, da Universidade de Winsconsin, na obra intitulada "Bioethics: bridge to the future", em janeiro de 1971.

Entende-se, hodiernamente, por bioética, o "estudo do comportamento humano no campo das ciências da vida e do cuidado da saúde, enquanto este comportamento é examinado à luz dos valores morais e dos princípios<sup>11</sup>".

Observando o assunto sob uma ótica jurídica é possível se questionar: qual seria a relevância da bioética? As questões por ela suscitadas extravasam seu próprio continente e inundam a dimensão jurídica, passando a "indicar ao paciente o caminho da interrogação, da elucidação das finalidades e do estabelecimento de referências provisórias para a ação<sup>12</sup>".

A regra do Direito - ou do Biodireito - pode, ainda que integrando os avanços científicos, opor-se a eles, mantendo certas categorias clássicas ou definindo novas categorias suficientemente aptas a garantirem a permanência do primado da pessoa humana, pedra de toque da civilização jurídica, independentemente de qualquer tendência reducionista.

"Seus valores fundamentais são a conservação da vida, a dignidade do homem, a liberdade e a solidariedade<sup>13</sup>". A preservação de tais valores deve obedecer a quatro referenciais ou princípios básicos: não-maleficência, benevolência, autonomia e justiça. Estes princípios estão previstos e descritos no item I

<sup>11</sup> Encyclopedia of bioethics *apud* AMARAL, Francisco. **Por um estatuto jurídico da vida humana - a construção do biodireito**. Conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito realizado em Londrina (PR), apoiado pela UEL - Universidade Estadual de Londrina e pelo CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Maio, 1971.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Idem*. *Ibidem*.

da Resolução nº 196, do Plenário do Conselho Nacional de Saúde - CNS, datada de 10 de outubro de 1996.

### 6.1 Princípio da não-maleficência

O princípio da não-maleficência ou não-malevolência propõe a obrigação médica de não produzir dano intencional.

Este princípio decorre do juramento hipocrático, que é o arcabouço ético indispensável aos médicos, o qual norteia o uso benéfico dos conhecimentos médicos para a sociedade e para a classe médica em geral.

Hipócrates foi o pai da Medicina e desmistificou o ofício médico, deixando aos seus discípulos um juramento utilizado pelas academias médicas no mundo inteiro, contendo diretivas principiológicas, conforme explica Joffre Rezende<sup>14</sup>:

*A escola hipocrática separou a medicina da religião e da magia; afastou as crenças em causas sobrenaturais das doenças e fundou os alicerces da medicina racional e científica. Ao lado disso, deu um sentido de dignidade à profissão médica, estabelecendo as normas éticas de conduta que devem nortear a vida do médico, tanto no exercício profissional, como fora dele.*

O princípio da não-malevolência orienta o médico no sentido de não realizar conduta que possa vir a prejudicar o paciente, evitando sempre cometer o mal, mesmo quando obtiver o livre consentimento ou a não oposição. Sua atuação deve estar voltada à prevenção de danos e ao não oferecimento de riscos.

O princípio da não-maleficência integra o princípio da beneficência.

<sup>14</sup> SIQUEIRA, José Eduardo de. Os princípios da bioética. Disponível em <<http://www.globoodless.org/saopaulo/siqueira.doc>>, acesso em 27 ago. 2007.

## 6.2 Princípio da beneficência

O princípio da beneficência decorre da expressão “*bonum facere*” e significa “fazer o bem ao paciente”.

Vale mencionar o parágrafo 12 do primeiro livro de epidemia de Hipócrates<sup>15</sup>: “*pratique duas coisas ao lidar com as doenças; auxilie ou não prejudique o paciente*”.

Matilde Conti<sup>16</sup> esclarece que:

*O Princípio da Beneficência não nos diz como distribuir o bem e o mal. Só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar-nos a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal.*

Desta feita, o princípio da beneficência prestigia o paciente à medida em que exige uma atuação em seu favor de modo a alcançar o maior bem, ocasionando o menor dano.

## 6.3 Princípio da autonomia

Semanticamente, autonomia é a capacidade que o ser humano tem de desenvolver suas próprias leis e se submeter a elas (junção dos radicais *autos* = eu e *nomos* = lei). Depreende-se desse princípio que o homem é capaz de fazer as suas próprias escolhas. Neste sentido, quando deparado com a árdua missão de optar pela submissão ou não a determinado tratamento, o paciente é capaz de eleger seu destino terapêutico de acordo com as suas convicções.

<sup>15</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 103.

<sup>16</sup> CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Ética e direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 16.

Sobre a autonomia da vontade, Immanuel Kant<sup>17</sup> enfatizou que:

*É a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: as máximas da escolha, no próprio querer, sejam, ao mesmo tempo, incluídas como lei universal.*

O princípio da autonomia é relativizado quando se trata de pessoa que não detém ou perdeu a capacidade de se auto-determinar, total ou parcialmente, em virtude de alguma circunstância, como idade, doença ou distúrbio mental, restringindo-lhe a vontade, pois a autonomia decorre da liberdade (capacidade de abstrair influência exterior) e da ação (capacidade de agir intencionalmente).

Em consonância com o entendimento de Francesco Bellino<sup>18</sup>, “*o princípio da autonomia estabelece o respeito à obrigatoriedade do consenso livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto*”.

## 6.4 Princípio da justiça

O princípio da justiça sugere uma repartição equânime dos benefícios e dos ônus, para evitar discriminações e injustiças nas políticas e nas intervenções médicas.

A justiça relaciona-se com a distribuição igualitária de benefícios médicos e terapêuticos, em prol de quem deles

<sup>17</sup> KANT *apud* SANTOS, *op cit.*, p. 87.

<sup>18</sup> BELLINO, Francesco. *Fundamento da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997. p. 198.

necessite, na medida exata desta necessidade e com respaldo em critérios diferenciadores.

Vale frisar algumas ponderações citadas na obra de Adriana Diaféria<sup>19</sup>:

*Uma outra maneira de conceber o Princípio da Justiça é a de que os iguais devem ser tratados igualmente. Entretanto esta proposição necessita de uma explicação. Quem é igual e quem é não-igual? Quais considerações justificam afastar-se da distribuição igual? (...) Existem muitas formulações amplamente aceitas de como distribuir os benefícios e os encargos. Cada uma delas faz alusão a algumas propriedades relevantes sobre as quais os benefícios e encargos devem ser distribuídos, tais como as propostas de que: I) a cada pessoa uma parte igual; II) a cada pessoa de acordo com a sua necessidade; III) a cada pessoa de acordo com o seu esforço individual; IV) a cada pessoa de acordo com a sua contribuição social e V) a cada pessoa de acordo com o seu mérito.*

O princípio da justiça contempla a 'distribuição justa' ou 'o que é merecido'. Uma injustiça ocorre quando um benefício que uma pessoa merece é negado sem uma boa razão, ou quando algum encargo lhe é imposto indevidamente.

No direito constitucional, em decorrência dos ensinamentos de Aristóteles quando propôs a justiça formal, esse princípio faz a seguinte distinção: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais".

Tal interpretação não atinge o princípio da beneficência, pois não faz o bem de forma igualitária para todos, pois, conforme ensina a ética individualista, o conceito de bem difere de pessoa para pessoa.

<sup>19</sup> DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. Bauru: EDIPRO, 1999. p. 81.

## 7 DOS CUIDADOS PALIATIVOS

Os cuidados paliativos foram definidos pela Organização Mundial de Saúde em 1990 e recomendados para todos os países como parte da assistência integral ao ser humano.

Consistem numa modalidade de assistência multiprofissional ministrada por equipes compostas de médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais e nutricionistas, que cuidam conjuntamente de doentes crônicos, acometidos por enfermidades em progressão, com ameaça real à continuidade da vida.

O especialista em cuidados paliativos trata o doente e não mais a sua doença. Trata-o observando suas necessidades e sintomas, não só do ponto de vista físico, mas também do ponto de vista social, emocional e espiritual. Vai além, ainda, quando cuida da sua família durante o tratamento e, logo depois, no período de luto.

O cerne dos tratamentos paliativos está na viabilidade de sua utilização, uma vez que a possibilidade de cura, no confronto com os meios postos à disposição do profissional, deve ser analisada. Eis, então, o maior problema na utilização desses cuidados: a falta de treinamento do especialista para tratar o doente de forma adequada e para lidar com os problemas que envolvam a sua família.

Nesse contexto, é de maior importância o estudo acerca do tema e de sua repercussão jurídica, pois um dos papéis do Direito é o de organizar as relações sociais, atribuindo limites à liberdade, efetivando a resolução de conflitos, adequando-se aos constantes avanços, reestruturando-se e se redesenhando nos moldes do progresso, no intuito de garantir a preservação da dignidade humana, na qualidade de guardião dos valores fundamentais inerentes à pessoa.

Os médicos foram treinados tradicionalmente para curar e quando se especializam em cuidados paliativos depa-

ram-se com um universo distante dos padrões ideais, pois não possuem condições de proporcionar aos doentes uma perspectiva de cura, apenas uma melhoria na qualidade da vida que lhes resta, utilizando-se, muitas vezes, de meios cruéis como a alimentação forçada, a entubação, a quimioterapia, dentre tantos e inúmeros outros tratamentos que servem, na maioria das vezes, apenas para atenuar sintomas como dor crônica, fadiga, náusea, falta de apetite, feridas provocadas por tumores, insônia, depressão.

Ressalte-se novamente que, como objetivo primordial, os tratamentos paliativos têm a missão de melhorar a qualidade de vida do doente em fase terminal, com o uso da tecnologia, de modo a realçar o lado humano do profissional de saúde e do indivíduo que ele cuida. Esta, cada vez mais ilimitada no que tange aos avanços médicos, vem propiciando sempre mais recursos, que são postos à disposição da sociedade. Contudo, o fato de existirem não justifica, por si só, a sua utilização. É mister sopesar necessidade *versus* viabilidade para se chegar a uma resposta que justifique o seu uso no caso concreto, de modo a assegurar o bem-estar do paciente, pois os fins nem sempre justificam os meios.

A maioria das indagações que dizem respeito à biotecnologia e às inovações na área de saúde encontram-se na iminência de resposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em respeito ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o jurista pode encontrar solução para muitos casos que porventura se lhe apresentem, levando em consideração a premissa de que o paciente deve estar no comando das escolhas, desde que não exija do médico comportamento ilícito, como, por exemplo, um pedido de eutanásia.

Não se pode deixar de vislumbrar a responsabilidade do médico, tanto no momento de optar pela utilização ou não de cuidados paliativos, quanto na escolha dos mesmos. O profissional da área médica deve preocupar-se em estar

moralmente acobertado, pois conforme preceitua o art. 15 do Código Civil de 2002, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem a prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de não se submeter a tratamento perigoso. O que está por trás do consentimento informado é a salvaguarda médica.

O que se espera dos profissionais ligados à área médica é que submetam seus pacientes a tratamento razoável ou proporcional, não degradante e que não atente contra a sua autonomia. O médico não deve se atrever ou aventurar em um tratamento que ofereça riscos.

Os cuidados paliativos, por guardarem um cunho subjetivo de incerteza de seus métodos, deveriam estar submetidos à fiscalização por Comissões de Ética, criadas para este propósito específico.

Além disso, estão a exigir uma regulamentação abrangente, obediente a todos os princípios já abordados, de sorte a estabelecer as condições de sua utilização, os limites da responsabilidade do profissional da área médica e a forma como deverá ser avaliada a manifestação de vontade do doente ou do seu representante.

O que deve o médico fazer diante da recusa do paciente em se submeter a tratamento de urgência, respaldado em suas convicções pessoais? Considerando que, caso não submetesse o paciente ao tratamento em respeito aos preceitos da autonomia da vontade, do dever de prestar informação, da dignidade e da objeção de consciência, não recairia, ainda assim, na prática da ortotanásia? Eis a primeira das lacunas jurídicas que precisam ser preenchidas.

Até que ponto o paciente pode prestar o seu consentimento, de modo a estarem salvaguardados o direito de informação, o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberda-

de de consciência e o direito à vida, já que, uma vez consentida a sedação paliativa, a qual pode ocasionar a inconsciência permanente, ele perderá daí em diante esses direitos? Ora, o paciente pode querer morrer consciente. Outra lacuna a exigir regulamentação adequada.

Que critérios devem prevalecer quanto à recusa de um tratamento: os do médico, os do doente ou os de seus familiares, quando destoantes? Mais uma lacuna.

Bem, estes são alguns casos que exigem uma análise minuciosa e individual da situação, por guardarem um cunho circunstancial, que vai além da seara bioética. Talvez a única forma de defesa do médico seja a alegação do consentimento dado pelo paciente ou por seu responsável legal, ficando evidente a importância do cumprimento do dever de informar e de receber o respectivo consentimento.

O médico deve informar adequadamente todo o procedimento ou poupar o paciente que está entre a vida e a morte, ocultando-lhe alguns detalhes dolorosos? Saiba-se que a ocultação de alguma informação pode ser vital e conduzir a conseqüências jurídicas.

O consentimento informado é um tema bastante controvertido, já que até mesmo a forma como é obtido pode gerar alguma repercussão jurídica, pois a conversa com o médico, por si só, já é traumática, e o paciente nem sempre tem discernimento suficiente para entender o que lhe for explicado. Vale lembrar que, de modo algum, o paciente deve compreender a gravidade do procedimento, senão jamais consentirá. Além do mais, não é interessante que se propaguem os detalhes de determinada intervenção clínica para evitar uma maior celeuma familiar, o que sem sombra de dúvida atrapalharia o processo de consentimento, considerando que a gravidade clínica do doente não permite que ele seja demorado.

Uma regra quanto ao consentimento é invariável: ele deve ser dado pelo paciente em estado de consciência plena e

ser ele maior de idade, caso contrário, será dada por seu representante legal, mediante termo de responsabilização e concordância.

Não existem cuidados paliativos no Sistema Único de Saúde (SUS) e na rede privada, os planos de saúde estão, cada vez mais, afastando este tipo de tratamento, obrigando os pacientes a utilizarem a via judicial para poder usufruí-los.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico-científico propiciou o envelhecimento da população, haja vista a descoberta de cura para doenças que há algumas décadas levava à morte prematura um incontável número de pessoas. Tal envelhecimento vem contribuindo para aumentar o sentimento de aversão pela morte ou de busca pela eterna juventude. O fato de as pessoas não aceitarem a velhice, tampouco a morte, vem acarretando um ônus para a Medicina, constantemente instigada a procurar alternativas para atender a esses anseios, cobrando dos profissionais de saúde, muitas vezes, atitudes heróicas.

Os limites da ciência não são a sua derrota, pois quantas e quantas vidas não foram salvas através dela? A morte é uma conseqüência natural e assim deve ser encarada. A vida, por sua vez, é uma dádiva que devemos saber receber, sendo um direito e não uma obrigação, não podendo alguém ser constrangido a se submeter a nenhum tratamento contra sua vontade.

É imperativo compreender que o alívio do sofrimento pressupõe a preservação da vida. E o sofrimento, como manifestação mais ou menos direta de alguma ameaça à saúde, justifica claramente o sentido da intervenção para o seu alívio: respeito absoluto pelo princípio da inviolabilidade da vida. A utilização de meios tecnológicos deve obedecer a limites precisos para não pôr em risco o equilíbrio da natureza. Alte-

rar a natureza pode significar desviá-la do rumo que lhe conferiu o Criador. A suavização do sofrimento deve subordinar-se à realidade imutável da natureza.

Os cuidados paliativos reforçam a reflexão acerca dos limites da ciência em face dos valores fundamentais inerentes à pessoa. Numa análise elementar a respeito de um assunto tão polêmico, podemos concluir que diante de qualquer situação há de prevalecer o direito à vida e o melhor interesse por sua preservação, bem como o respeito à dignidade.

As indagações de natureza jurídica que decorrem do tema são consideravelmente importantes, de amplo alcance, e, em sua maioria, padecem de respostas bem estruturadas, posições bem definidas e soluções confortadoras. Ainda assim, é imprescindível reconhecer que estas respostas, posições e soluções devem ser intentadas com respaldo em matizes de ordem ética e nos princípios constitucionais e bioéticos, uma vez inexistentes normas jurídicas que regulem a conduta médica no tocante aos cuidados paliativos.

O direito não pode permanecer inerte no princípio "*nulla poena sine lege*", haja vista que os princípios e fundamentos constitucionais estão dispostos sistematicamente, de forma a permitir que a consecução de direitos pessoais, sociais e morais, não reconhecidos pela lei, sejam albergados por decisões judiciais.

O que há é um imenso descompasso entre o avanço tecnológico e a normatização jurídica que precisa ser, com urgência, redimensionado. Os juristas contemporâneos estão sendo iminentemente chamados a desenvolver um processo de reconstrução jurídica que, superando eventuais limitações dos conceitos e categorias modernos, elabore novos modelos, adequados à solução desses desafios, como paradigmas da pós-modernidade, particularmente no campo do direito à vida.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Por um estatuto jurídico da vida humana - a construção do biodireito**. Conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito realizado em Londrina (PR), apoiado pela UEL - Universidade Estadual de Londrina e pelo CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Maio, 1971.
- ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. 175 p.
- BELLINO, Francesco. **Fundamento da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Trad. de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997. 312 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Ética e direito na manipulação do genoma humano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- DIAFÉRIA, Adriana. **Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos**. Bauru: EDIPRO, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, s.d.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

#### Internet

SIQUEIRA, José Eduardo de. Os princípios da bioética. Disponível em <<http://www.globoodless.org/saopaulo/siqueira.doc>>, acesso em 27 ago. 2007.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em 30 fev. 2007.

## A EFETIVIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS) EM FACE DA NECESSIDADE DE UMA MAIOR CONFIABILIDADE PARA INVESTIMENTOS PELO PARCEIRO PRIVADO, EM RAZÃO DOS ELEVADOS RISCOS APRESENTADOS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS PROJETOS

*Gilberto Soares Silva*

Advogado e analista legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco; especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE; pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape); membro da Academia de Artes, Letras e Ciências de Olinda (AALCO) e da União Brasileira dos Escritores (UBE).

#### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DAS PPPs. 2.1 Conceito. 2.2 Natureza jurídica. 2.3 Objetivos. 3 CONFIABILIDADE: A GRANDE QUESTÃO. 4 DIVISÃO DOS RISCOS. 5 AS GARANTIAS. 6 O PAPEL DO FUNDO GARANTIDOR. 6.1 Do patrimônio e dos cotistas. 6.2 Patrimônio de afetação. 6.3 Garantias e contragarantias. 6.4 Do acionamento das garantias. 6.5 Dissolução. 7 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – UMA REAL SAÍDA. 8. REFERÊNCIAS.



## 1 INTRODUÇÃO

As graves crises enfrentadas pelos Estados têm objetivado, ao longo dos anos, uma incansável busca pela melhoria das políticas públicas.

A necessidade premente de mudanças fez com que, a partir de 1930, tivesse início à primeira experiência efetiva de reforma do Estado brasileiro.

Já na década de 90, a séria crise de investimentos em que se via mergulhado o nosso Estado pressionou decisivamente no sentido de mais uma vez reformá-lo.

Reformar o Estado consiste, na realidade, em uma reavaliação de práticas e valores que estão arraigados em nossa sociedade.

Qualquer solução que seja apresentada não consistirá em um ato ou ação isolada, mas, sim, em um projeto sério, transparente, de conscientização geral, mudança de mentalidade e educação para a cidadania.

Verificamos, de maneira indubitável, que o nosso país está vivenciando inúmeras mudanças na forma de gestão pública, decorrentes das grandes transformações evidenciadas na relação Estado/sociedade e na forma tradicional de administração do bem público.

A *Reforma* faz surgir um novo Estado, que não seja indiferente ou superior à sociedade, mas que institucionalize mecanismos, de modo a permitir uma participação mais efetiva dos seus integrantes.

Logo, o resultado dessa reforma deverá ser um Estado mais eficiente, que responda a quem de fato deve atender: o cidadão.

Será um Estado agindo em parceria com a sociedade e de conformidade com seus anseios. Um Estado menos voltado para a proteção e mais para a promoção da capacidade de competição; que executará seus serviços sociais e científicos,

não por burocratas, mas por organizações públicas não estatais.

A realidade com a qual nos defrontamos é de uma Administração Pública desprovida de recursos para investimentos em infra-estrutura (transporte, saúde, saneamento, hidroeletricas etc.). É o Estado no curso de uma crise sem precedentes.

Faz-se necessário, portanto, implementar medidas que possam alavancar o crescimento econômico do Estado através da concretização de políticas estruturadoras que venham atender, com eficiência, ao cliente-cidadão.

E como implementar essas políticas estruturadoras se o Estado não dispõe de recursos e se as obras possuem alto grau de risco para os investidores?

Buscar atrair investimentos para a realização de projetos pouco ou nada atrativos, e que não apresentam nenhuma confiabilidade, é o grande desafio.

Destarte, com o objetivo de tentar sair dessa crise, o governo federal, no final de 2004, editou, inicialmente, dentre outras medidas, a Lei de Parcerias Público-Privadas (PPPs), que desponta como a grande saída para que o Estado retome sua capacidade de realização de políticas públicas.

O que temos evidenciado, na prática, é que quase a totalidade das medidas apresentadas por um governante são simplesmente "relegadas" por parte do seu sucessor, a pretexto de que não mais atenderiam ao interesse público.

Para que o investidor privado possa aportar recursos em projetos de parceria público-privada, que são celebrados a longo prazo e representam vultosos investimentos, faz-se necessário que haja um mínimo de credibilidade para que esses projetos não tenham solução de continuidade, independentemente de quem seja o governante e de sua coloração partidária, como demonstraremos ao longo desse trabalho.

As PPPs já provaram ser bastante eficientes em diversos países do mundo, a exemplo da Inglaterra, dos Estados Uni-

dos, do Chile, dentre outros, devendo, tão-somente, ser aprimoradas dentro de nosso contexto político-econômico.

## 2 ASPECTOS GERAIS DAS PPPs

O instituto da PPP surgiu, na esfera federal, com a edição da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, apesar de já ter sido, antes disso, normatizado em alguns Estados da Federação como, v.g., em Minas Gerais (Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003), Santa Catarina (Lei nº 12.930, de 4 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004).

Essas leis estaduais continuarão a ser aplicadas naquilo que não for contrário às normas gerais desse instituto, uma vez que se trata de matéria de competência privativa da União, estatuída no art. 22, XXVII, da Norma Ápice.

Logo, a aplicabilidade das leis estaduais sobre PPPs dependerá de sua compatibilização com a Lei Federal nº 11.079/04<sup>1</sup>.

As PPPs, então incluídas em um contexto de evolução que teve início com as privatizações, prosseguiu com a outorga de concessões tradicionais para desenvolvimento de projetos de infra-estrutura e atinge, nesse momento, o seu apogeu, mediante o esforço e o engajamento conjunto do Estado e do setor privado<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079, de 30.12.2004. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 29, p.79, jan./fev. 2005.

<sup>2</sup> PINTO, José Emilio Nunes. A percepção de risco nas parcerias público-privadas e a Lei nº 11.079/2004 e seus mitigantes. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

Em que pese poderem ser aplicadas em qualquer área de atividade, as PPPs, na prática, serão sempre aplicadas em uma área típica de atuação do setor público.

### 2.1 Conceito

O art. 2º da Lei nº 11.079/04 define o instituto da PPP como um “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Um dos elementos característicos dessa modalidade contratual é a longa duração dos contratos, sendo permitida a amortização dos investimentos<sup>3</sup>.

A modalidade patrocinada, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Parceria, consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que o parceiro privado terá como remuneração, além da tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária advinda do parceiro público. Essa modalidade é uma forma de estimular o investimento privado em setores que não sejam economicamente atrativos.

Já a modalidade administrativa, estatuída no art. 2º, § 2º, do mesmo diploma legal, consiste num contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é, direta ou indiretamente, a usuária, ainda que esse serviço envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Observa-se, destarte, que o elemento distintivo entre as duas modalidades de PPPs consiste na forma de remuneração do parceiro privado.

Enquanto, na parceria patrocinada, o parceiro privado terá como remuneração, além da tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária advinda do parceiro público; na parceria administrativa, não será cobrada nenhuma tarifa dos

<sup>3</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31.

usuários, cabendo à concedente a contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

Mister se faz ressaltar que, em ambos os casos, haverá a contraprestação pecuniária do parceiro-público ao parceiro-privado, independentemente de o parceiro privado ser remunerado, conjuntamente, com outras receitas não tributárias.

Convém observar que as leis estaduais conferiram um conceito mais amplo de PPP do que o adotado pelo diploma federal. A exemplo disso, podemos citar a lei mineira<sup>4</sup> que assim dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único:

As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

Conceituar um instituto jurídico consiste em individualizá-lo, em caracterizá-lo. Assim, reputamos que a conceitualização de PPP preconizada na Lei nº 11.079/04 é precária, imperfeita, uma vez que não contém todos os elementos necessários a essa caracterização, a essa individualização.

Logo, para nós, a PPP é um contrato de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, celebrado a longo prazo, pelo qual o Estado delega a um sujeito privado, mediante licitação, a prestação de um serviço público, nos termos fixados em lei, e tendo como remuneração as tarifas cobradas aos usuários e/ou a prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

<sup>4</sup> Lei nº 14.868/03 - MG.

## 2.2 Natureza jurídica

Na parceria, para o parceiro privado, a prestação do serviço é um meio pelo qual se obtém o fim desejado, o lucro. Já para o parceiro público, o Estado, o lucro propiciado ao parceiro privado é um instrumento de busca do objetivo estatal: a boa prestação do serviço. Esse é o mesmo raciocínio defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, no tocante às concessões, e que pode ser plenamente aplicável às parcerias.

Desse modo, podemos concluir que a PPP é um instituto que tem a natureza jurídica de contrato administrativo.

## 2.3 Objetivos

A PPP consiste na mais nova figura jurídica introduzida pela reforma do Estado, com o fito de: a) suprir a necessidade de infra-estrutura básica nas áreas de saúde, transportes, telecomunicações, saneamento, educação, energia, habitação, dentre outras, com a ampliação de novos negócios; b) atrair investidores; c) captar recursos, viabilizando sua melhor aplicação.

Para conseguir tal intento, os contratos de PPP maleabilizam<sup>6</sup> as tradicionais regras de contratação com o setor público.

Assim sendo, esse novel instituto, já materializado em alguns Estados da Federação, surge, no âmbito federal, com grandes desafios, dentre os quais o de concretizar projetos até então inviáveis, ou seja, realizar projetos que o Estado, tendo em vista suas restrições orçamentárias e o esgotamento de sua

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 668-669.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. *Saraivajur*. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=600>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

capacidade de endividamento, por si só, não seria capaz de implementar, e projetos que a iniciativa privada, ou seja, o particular, não teria interesse de, sozinho, implementar, em razão do elevado grau de risco, sem as devidas garantias.

Atingidos seus objetivos, as PPPs contribuirão, de forma decisiva, para que o Estado resgate sua autonomia financeira, voltando a ser um fator de desenvolvimento econômico e social.

### 3 CONFIABILIDADE: A GRANDE QUESTÃO

Uma das questões basilares a ser examinada num contrato de parceria público-privado, como o próprio nome recomenda, é que, de antemão, haja compatibilização e harmonização entre ambos os setores (público e privado), de forma a gerar confiabilidade para os financiamentos e/ou aporte de recursos.

E como gerar essa confiabilidade, diante de políticas públicas que variam ao sabor de cada governante? Como garantir ao investidor privado o retorno do investimento feito em contratos celebrados por períodos tão longos?

Para que o instituto das PPPs possa, efetivamente, atingir os objetivos a que se propõe é imprescindível que os parceiros privados acreditem que o governo, independente de qual seja, irá cumprir as obrigações contraídas através dos contratos de parceria e que, caso haja algum descumprimento, consigam dispor de meios eficazes e rápidos para executar as garantias oferecidas e ter o ressarcimento de seus prejuízos.

Essa confiabilidade, necessária para que o investidor privado venha fazer o aporte de recursos, i. e., venha investir em áreas pouco atrativas, encontra-se delineada na Lei de Parcerias através do compartilhamento de riscos e do oferecimento de garantias específicas.

### 4 DIVISÃO DOS RISCOS

No que concerne ao compartilhamento dos riscos entre o Estado e o investidor privado, a lei de PPPs procurou dar uma maior cobertura ao prevê, também, a repartição de riscos nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A questão dos riscos é uma realidade presente em todos os contratos. Torná-lo inexistente é algo praticamente impossível de acontecer.

Nos contratos administrativos em geral, que são regidos pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), o risco é exclusivamente da Administração Pública.

Com relação às concessões comuns, previstas na Lei 8.987/95, o risco é do concessionário privado, salvo no caso dos riscos por fatos imprevisíveis ou de responsabilidade do próprio Estado, quando são assumidos pelo Poder Concedente, tendo em vista o direito do concessionário ao re-equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Já as parcerias público-privadas, surgem como uma terceira hipótese no que concerne a questão dos riscos, pois permite o seu compartilhamento entre os parceiros público e privado. Essa participação deverá ser especificada detalhadamente no contrato através de uma repartição objetiva dos riscos.

Os contratos de PPPs envolvem quantias vultosas e são celebrados a longo prazo, o que contribui para a existência de um elevado número de riscos e de diversas naturezas<sup>7</sup>.

Não é pretensão desses contratos querer extinguir os riscos e sim, tão somente, mantê-los em níveis toleráveis que dê tranquilidade a ambos os parceiros, sobremaneira ao parceiro privado.

<sup>7</sup> VALLE, Vanice Lirio do. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 58.

Logo, caberá ao parceiro público buscar administrar esses riscos, minimizando-os ou mesmo transferindo-os, de forma a dar maior confiabilidade ao parceiro privado para investir.

Destarte, observa-se que a minimização ou transferência dos riscos é uma questão preponderante para o pleno êxito das PPPs. Cabe ao Governo definir quais os riscos que assumirá e quais os riscos que incidirá sobre o parceiro privado.

A transparência na ação governamental no tocante a quem caberá os riscos é fundamental para que o setor privado possa avaliar se está disposto a arcar com os mesmos ou não. Risco significa custo<sup>8</sup> e isso deverá ser pesado pelo investidor privado.

Havendo transferência de riscos haverá, conseqüentemente, transferência de custos. Essa co-relação precisa ser analisada de forma minuciosa pelo investidor privado, que examinará cada risco afeto ao projeto e como esse risco poderá interferir na execução do contrato.

A redução dos riscos de quebra implicará, conseqüentemente, em uma necessidade menor de serem oferecidas garantias ou blindagens especiais<sup>9</sup>.

Importante registrar, como afirma Vanice do Valle, os riscos consistem “em um fenômeno que se põe, para o direito, como uma contingência, que influencia (ou não) o futuro, segundo uma posição na reta que tem por extremo probabilidade e improbabilidade”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> PINTO, Marcos Barbosa. A Função econômica das PPP's. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

<sup>9</sup> FREITAS, Juares. Parcerias Público-Privadas (PPP's): características, regulação e princípios. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 29, p.14, jan./fev. 2005.

<sup>10</sup> VALLE, Vanice Lirio do. Traduzindo o conceito de gestão de riscos para o código do direito: exercício indispensável à modelagem das PPPs. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 7, n. 34, p.32, nov./dez. 2005.

## 5 AS GARANTIAS

Já a questão das garantias é um outro aspecto que mereceu uma especial atenção da Lei de PPPs, ao serem instituídos mecanismos para garantir que os órgãos contratantes cumpram as obrigações assumidas<sup>11</sup>.

É notório que o Estado brasileiro sempre se caracterizou como um mau pagador, assim, essas garantias objetivaram tranquilizar os investidores privados para que, na hipótese de inadimplência por parte do Estado, eles não venham a ter que percorrer um longo caminho até o recebimento das dívidas, como ocorre hodiernamente com os precatórios.

As obrigações pecuniárias que forem assumidas pela Administração Pública em decorrência da celebração dos contratos de parceria público-privada poderão ser garantidas, como estabelece a Lei de PPPs<sup>12</sup>, por meio de:

- Vinculação de receitas, desde que observados os limites constitucionais.
- Instituição ou utilização de fundos especiais.
- Contratação de seguro-garantia, desde que celebrado com empresas que não estejam sob o controle do Poder Público. Importante ressaltar que, ao invés dos parceiros privados, os próprios financiadores dos projetos de PPP poderão ser designados como beneficiários nas apólices<sup>13</sup>.
- Organismos internacionais ou instituições financeiras, desde que não controladas pelo Poder Público.

<sup>11</sup> NETO, José Cretella. *Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

<sup>12</sup> Lei nº 11.079/2004.

<sup>13</sup> MOURA, Marcelo Viveiros de CASTRO, Décio Pio Borges de. In. CONEXÃO MIGALHAS. *PPPs - Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Millennium, a.I, n. 1, 2005.

Neste caso, da mesma forma como acontece na contratação de seguro, as garantias podem ser oferecidas diretamente aos financiadores dos projetos.

- Fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim, obedecendo às regras preconizadas na lei de parcerias e no Decreto 5.411/2005.

Este fundo, que trataremos com mais detalhes no item seguinte, tendo em vista a sua relevante importância para a efetividade das parcerias público-privadas, terá natureza privada e será constituído de um patrimônio próprio, separado do patrimônio de seus cotistas, os quais responderão apenas pela integralização das cotas que subscreverem.

- Outros mecanismos admitidos em lei.

Esta “brecha” deixada na Lei pode ser entendida como um ato proposital do legislador com o objetivo de flexibilizar outras garantias legais para o atendimento de cada caso concreto.

## 6 O PAPEL DO FUNDO GARANTIDOR

Observa-se, nitidamente, frente aos aspectos até então abordados, que as garantias nos contratos de PPP constituem uma questão preponderante para o seu sucesso, haja vista que o fator confiabilidade será decisivo para que o investidor privado venha ter segurança de alocar recursos, até mesmo em áreas de pouca ou quase nenhuma rentabilidade e de elevado grau de risco para implementação. Além disso, proporcionará ao parceiro privado a possibilidade de apresentar propostas em valores menores, uma vez que não precisará embutir o sobrevalor decorrente dos riscos de inadimplemento.

Com o objetivo de dar essa garantia ao parceiro privado, a Lei Federal de Parcerias instituiu o Fundo Garantidor

de Parceria Público-Privada (FGP), que consiste em uma nova figura jurídica com atuação apenas no âmbito federal, cuja finalidade, nos termos do art. 16, *caput*, da Lei nº 11.079/04 é a de “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

Esse instituto, que será criado, gerido, administrado e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, terá natureza privada.

Estão autorizadas a participar desse fundo a União e suas autarquias e fundações públicas, até o limite global de R\$ 6.000.000.000,00.

### 6.1 Do patrimônio e dos cotistas

O patrimônio do FGP será próprio, separado do de seus cotistas, e destinado a garantir as obrigações firmadas pelo parceiro público. Esse patrimônio constituir-se-á pelo aporte de bens e direitos realizados pelos cotistas, mediante a integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

Os cotistas não respondem pelas obrigações do fundo, mas pela integralização das cotas<sup>14</sup> subscritas e que poderão ser integralizadas:

- a) em dinheiro;
- b) em títulos da dívida pública;
- c) em bens imóveis dominicais;

<sup>14</sup> “Indica o complexo de direitos, poderes obrigações e faculdades que compõem o status do cotista” (CRETELLANETO, José. *Comentários à lei de parcerias público-privadas - PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85).

d) em bens móveis;

e) por ações de sociedade de economia mista federal, excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União; e

f) por meio de quaisquer outros direitos com valor patrimonial, como preconiza o art. 16, § 4º, da Lei nº 11.079/04.

A integralização dessas cotas por meio de bens será feita por proposta do Ministro da Fazenda e dar-se-á, independentemente de licitação, porém dependerá de prévia avaliação<sup>15</sup>, por empresa especializada, e de autorização do Presidente da República.

Quanto ao aporte de bens de uso especial ou de uso comum, este dependerá de sua desafetação de forma individualizada, i. e., devem ser subtraídos, individualmente, do uso público para ingresso no domínio privado do Estado.

Mister se faz ressaltar que, apesar de o FGP não pagar rendimento a seus cotistas, será assegurado a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo. Os rendimentos obtidos vão acrescer o próprio patrimônio do FGP.

As obrigações do Fundo somente incidirão sobre os bens e direitos dos cotistas quando esses não tiverem, ainda, integralizado as cotas que subscreveram e até o montante correspondente.

<sup>15</sup> Quando a empresa proceder à avaliação, apresentará laudo fundamentado, indicando os critérios adotados e instruindo-o com os documentos relativos aos bens avaliados (art. 16, § 3º, da Lei de PPP).

## 6.2 Patrimônio de afetação

É facultada a criação de patrimônio de afetação, que não poderá ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Ressalte-se que esse patrimônio ficará vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não se comunicando com o restante do patrimônio do FGP.

Como bem afirma Eduardo Alvarenga<sup>16</sup>, o patrimônio de afetação “permite destacar parcela do patrimônio total do fundo para garantia de uma determinada dívida, além de constituir uma forma especial de *blindagem* contra toda e qualquer pretensão executória de credores, inclusive do próprio fundo”.

Em regra, a constituição desse patrimônio dar-se-á por meio de registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. No caso de bens imóveis, o registro será feito no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

## 6.3 Garantias e contragarantias

O art. 18 da Lei de PPP estatui que as garantias prestadas pelo FGP sejam proporcionais ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

A garantia a ser prestada pelo FGP obedecerá à forma aprovada pela assembléia dos cotistas, dentre as modalidades estatuídas na Lei nº 11.079/04. Quais sejam:

<sup>16</sup> ALVARENGA, José Eduardo de. *Parcerias público-privadas: comentários à lei brasileira*. São Paulo: M. A. Pontes, 2005.

I - fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II - penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III - hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV - alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V - outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI - garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Além dessas garantias que o FGP deverá prestar ao parceiro privado, de maneira a garantir um maior aporte de recursos, poderá, ainda, oferecer contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que vierem a garantir o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de PPP.

Na medida em que o órgão público contratante vier a quitar parcela de sua obrigação com o parceiro privado, sendo essa parcela garantida pelo FGP, ocorrerá a diminuição do montante da garantia, sempre em proporção idêntica à da quitação.

Uma vez quitado o débito pelo FGP, este se sub-roga nos direitos do parceiro privado.

#### 6.4 Do acionamento das garantias

Havendo descumprimento da obrigação por parte do parceiro público, o parceiro privado poderá acionar a garantia conferida pelo FGP de maneiras distintas, como determina a Lei de PPP.

Em se tratando de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, o parceiro privado não poderá exigí-lo de imediato. Somente poderá executar a garantia prestada a partir do quadragésimo quinto dia do seu vencimento.

No caso de débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, o parceiro privado somente poderá acionar a garantia se não tiver havido, no prazo de noventa dias, rejeição expressa e motivada a essas faturas.

Os bens e direitos do fundo, havendo inadimplemento, poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

#### 6.5 Dissolução

A dissolução do FGP poderá ocorrer por deliberação em assembléia dos cotistas, especialmente designada para tal fim. Para que isso venha a ocorrer, é imprescindível que tenham sido quitados todos os débitos até então garantidos, ou que os credores liberem as garantias prestadas.

Vindo a ocorrer a dissolução do FGP, haverá o rateio de seu patrimônio entre os cotistas, levando-se em consideração a situação patrimonial na data do fato, como preceitua o parágrafo único do art. 20 da Lei nº 11.079/04.



## 7 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – UMA REAL SAÍDA

Os contratos de parceria público-privada surgem, nos dias atuais, como alternativa para a realização de obras públicas de larga escala, ou seja, como grande auxiliar do Estado no cumprimento de suas metas, haja vista que a escassez de recursos e as limitações orçamentárias são uma constante.

É essencial que haja um completo conhecimento acerca da aplicação das parcerias público-privadas, a fim de que se possa tirar o melhor proveito desse instituto, evitando, assim, sua subutilização ou seu superdimensionamento, como sói acontecer com diversos dispositivos sobre contratação pública<sup>17</sup>.

O pleno êxito dos contratos de PPPs está atrelado não apenas à instituição de fórmulas eficientes para garantia dos projetos, com a associação de diversas opções de financiamento, como também ao estabelecimento de um marco regulatório forte, estável<sup>18</sup> e desprovido, se não todo, mas em sua maior parte, de influências políticas.

Incumbe ao setor público a prestação de serviço adequado, que venha atender às necessidades básicas e fundamentais da sociedade. Todavia, sem recursos para investimentos em áreas emergenciais, o Estado deixa de atender a quem de fato deveria: o cliente-cidadão.

A grande expectativa é que projetos até então pouco atrativos para os investidores privados possam se tornar grandes negócios, na medida em que o Estado passa também a participar do custeio desses projetos.

<sup>17</sup> POLTRONIERI, Renato. *Parcerias Público-Privadas e a atuação administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 74.

<sup>18</sup> PINTO, José Emilio Nunes. As parcerias entre o setor público e o setor privado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, nº 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

Destarte, a nova proposta do governo com o instituto das PPPs é estabelecer uma forma diferenciada de parceria com o setor privado, com o objetivo de atrair recursos para áreas pouco ou nada rentáveis (pelo fato de possuírem um elevado grau de risco para sua implementação e baixas taxas de retorno), de maneira que o Estado possa prestar serviços com qualidade.

Dentro dessa nova proposta, as parcerias público-privadas passam a ser o “elemento-chave” para a grande retomada do crescimento econômico.

Dotando o parceiro privado de certas garantias e compartilhando com ele os riscos do empreendimento, a Lei das PPPs é um grande avanço para a concretização de projetos estruturadores.

Uma questão, de modo especial, tem nos gerado uma grande inquietação. Diz respeito ao fato de administradores públicos poderem desvirtuar a real finalidade desse instituto, sobremaneira no tocante às concessões administrativas. Como se admitir que, v. g., um contrato de serviços de limpeza possa ter um prazo de vigência de 35 anos<sup>19</sup>?

Não podemos deixar que mazelas como essas finquem raízes em nossa sociedade como se fossem verdadeiras regras de conduta humana.

É preciso descortinar novos horizontes de forma que o Estado retome o seu crescimento em busca de uma sociedade mais justa e digna para todos.

Acreditamos, realmente, que as parcerias público-privadas não irão solucionar todos os graves problemas estruturais por que passa o Estado brasileiro, uma vez que não se trata de nenhum “antídoto infalível”<sup>20</sup> à estagnação social que assola

<sup>19</sup> BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan 2006.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista Eletrônica de Di-*

o país, mas, com certeza, despontam como um instituto que apresenta reais condições de propiciar ao Estado a retomada do seu tão almejado crescimento econômico.

Espera-se que os reais objetivos das PPPs sejam alcançados e, assim, possam ser gerados compromissos firmes e duradouros<sup>21</sup>.

Em face de todo o exposto, verifica-se, indubitavelmente, que as garantias oferecidas nos contratos de parceria público-privada constituem um fator preponderante para que esse instituto venha, efetivamente, alcançar o fim a que se propõe.

## 8 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Eduardo de. **Parcerias Público-Privadas: comentários à lei brasileira**. São Paulo: M. A. Pontes, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan 2006.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs): características, regulação e princípios. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 29, p. 13-61, jan./fev. 2005.

**reito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

<sup>21</sup> SALERA, Taciana de Oliveira. **O novo regulamento do fundo garantidor das Parcerias Público-Privadas do Governo Federal**. Azevedo Sette. Disponível em <[http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/novo\\_regulamento.html](http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/novo_regulamento.html)> Acesso em: 21 jan 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. **Saraivajur**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/doutrina/Artigos/ArtigoDetalhe.cfm?doutrina=600>>. Acesso em: 12 jun. 2005, às 22:03 h.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILESKI, Helio Saul. **Parcerias Público-Privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da lei nº 11.079, de 30.12.2004**. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 29, p. 63-92, jan./fev. 2005.

MOURA, Marcelo Viveiros de; CASTRO, Décio Pio Borges de. In. CONEXÃO MIGALHAS. PPPS – Parcerias Público-Privadas. **Milennium**, São Paulo, a. 1, n. 1, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Parceria Público-Privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

PINTO, José Emilio Nunes. A percepção de risco nas Parcerias Público-Privadas e a Lei nº 11.079/2004 e seus mitigantes. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. As parcerias entre o setor público e o setor privado. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3839>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

POLTRONIERI, Renato. **Parcerias Público-Privadas e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SALERA, Taciana de Oliveira. **O novo regulamento do fundo garantidor das Parcerias Público-Privadas do Governo Federal**. Azevedo Sette. Disponível em <[http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/novo\\_regulamento.html](http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/novo_regulamento.html)> Acesso em: 21 jan 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALLE, Vanice Lirio do. **Parcerias Público-Privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

\_\_\_\_\_. Traduzindo o conceito de gestão de riscos para o código do direito: exercício indispensável à modelagem das PPPs. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 7, n. 34, p. 31-46, nov./dez 2005.

## PERSPECTIVAS CONTRATUAIS NO ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE GLOBAL: DIFICULDADES E INSUFICIÊNCIAS DAS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E SOCIAL

*João Aurino de Melo Filho*

Pós-graduando em Direito Público pela  
Escola Superior da Magistratura em  
Pernambuco - Esmape.

### SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS. 2 CONCEPÇÕES CONTRATUAIS. 2.1 Concepção clássica (liberal). 2.2 Concepção social. 3 REPERCUSSÕES DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA. 3.1 Análise genérica. 3.2 Análise tópica. 3.2.1 Novo contexto contratual. 3.2.2 A resolução dos dissídios contratuais como questão emblemática. 4 CONCLUSÃO: UM PANORAMA EM FORMAÇÃO. 5 REFERÊNCIAS

### 1 CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS

A análise de um determinado instituto jurídico só alcança eficiência plena quando se leva em consideração as ca-

racterísticas atuais do objeto em estudo sem perder de vista suas eventuais mutações históricas. Se o trabalho maiêutico-socrático é ancilar para a precisão de um vocábulo, o entendimento efetivo de um objeto, dentro de uma perspectiva mais gnoseológica que conceitual<sup>1</sup>, passa pelo confronto dos parâmetros acatados anteriormente com as nuances apresentadas pelo objeto no momento histórico em que está inserido o sujeito cognoscente.

Partindo desta premissa, e tendo em pauta a importância que tem o contrato nas relações sociais, faz-se necessário um estudo minucioso da efetiva operacionalidade das concepções contratuais predominantes, e em que proporções essas foram alteradas pelas imposições de uma economia globalizada. O tema a ser abordado tem um escopo delineado, revisitando as concepções contratuais e analisando-as à luz das referências atuais, seja para confirmá-las, repudiá-las ou simplesmente analisar seus âmbitos de operacionalidade.

Assim, de início, analisar-se-á os paradigmas contratuais predominantes, com comentários pontuais sobre o período histórico em que cada um foi idealizado, para, em um segundo momento, analisar efetivamente as repercussões jurídicas da globalização e suas implicações contratuais.

Dentro do contexto visado, abandonam-se o enfoque dado pelos compêndios e manuais, pois a abordagem aqui discuti-

Os defensores da filosofia analítica discorreram sobre a incerteza das definições, as quais, na maioria das vezes, são vagas e ambíguas, sendo de pouca serventia para a compreensão do objeto em análise. As definições essencialistas têm como pedra angular o caráter eterno e intangível dos objetos, pois só desta maneira se conseguiria chegar a definições omnicomprensivas. Este postulado, porém, é amplamente errôneo, pois o caráter dos seres é mutável, fato que é de fácil demonstração empírica. Entende-se que as definições, de ordinário, são pouco operacionais e de reduzida utilidade. Portanto, cabível a distinção entre a definição de um objeto e o conhecimento efetivo sobre ele. Para um análise da filosofia analítica no campo do direito: HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.

da carece de maior elaboração bibliográfica, o que não diminui a pertinência deste trabalho; aliás, aumenta, pois há omissão doutrinária, apesar da importância e atualidade da questão proposta, a qual dá ensejo a importantes discussões jurídicas.

## 2 CONCEPÇÕES CONTRATUAIS

A evolução contratual, como de resto toda a evolução do direito, sempre sofreu influências de fatores sociais contingentes. As mutações sociais incidem imediatamente sobre a forma pela qual são celebrados os acordos de vontade, tornando o instituto contratual com facetas amplamente distintas, de acordo com a perspectiva histórica em que é analisado. Dentro deste contexto instável, para o conhecimento das relações contratuais, é imprescindível traçar um perfil das transformações históricas sofridas por esse instituto.

Apenas o raciocínio lógico, abrangendo simplesmente o panorama normativo, não é suficiente para atender a todas as questões que se levantam<sup>2</sup>.

O contrato teve gênese própria e anterior ao direito positivo, sob a égide de normas consuetudinárias e descentralizadas<sup>3</sup>, e só em momento posterior foi jurisdicizado. Mesmo existindo desde tempos remotos<sup>4</sup>, e sendo o expediente mais comum entre as transações humanas<sup>5</sup>, a concepção teórica do

<sup>2</sup> LÓBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções contratuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 01.

<sup>3</sup> DAIBERT, Jefferson. *Dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 03.

<sup>4</sup> Para uma breve análise histórica da evolução dos contratos, na doutrina nacional, entre outros: DAIBERT, Jefferson. *op. cit.*, p. 03; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 01-09; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil (teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos)*. V. II. São Paulo: Atlas, 2002. p. 362-369; LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 22.

<sup>5</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *op. cit.*, p. 22.

racterísticas atuais do objeto em estudo sem perder de vista suas eventuais mutações históricas. Se o trabalho maiêutico-socrático é ancilar para a precisão de um vocábulo, o entendimento efetivo de um objeto, dentro de uma perspectiva mais gnoseológica que conceitual<sup>1</sup>, passa pelo confronto dos parâmetros acatados anteriormente com as nuances apresentadas pelo objeto no momento histórico em que está inserido o sujeito cognoscente.

Partindo desta premissa, e tendo em pauta a importância que tem o contrato nas relações sociais, faz-se necessário um estudo minucioso da efetiva operacionalidade das concepções contratuais predominantes, e em que proporções essas foram alteradas pelas imposições de uma economia globalizada. O tema a ser abordado tem um escopo delineado, revisitando as concepções contratuais e analisando-as à luz das referências atuais, seja para confirmá-las, repudiá-las ou simplesmente analisar seus âmbitos de operacionalidade.

Assim, de início, analisar-se-á os paradigmas contratuais predominantes, com comentários pontuais sobre o período histórico em que cada um foi idealizado, para, em um segundo momento, analisar efetivamente as repercussões jurídicas da globalização e suas implicações contratuais.

Dentro do contexto visado, abandona-se o enfoque dado pelos compêndios e manuais, pois a abordagem aqui discuti-

Os defensores da filosofia analítica discorreram sobre a incerteza das definições, as quais, na maioria das vezes, são vagas e ambíguas, sendo de pouca serventia para a compreensão do objeto em análise. As definições essencialistas têm como pedra angular o caráter eterno e intangível dos objetos, pois só desta maneira se conseguiria chegar a definições omnicompreensivas. Este postulado, porém, é amplamente errôneo, pois o caráter dos seres é mutável, fato que é de fácil demonstração empírica. Entende-se que as definições, de ordinário, são pouco operacionais e de reduzida utilidade. Portanto, cabível a distinção entre a definição de um objeto e o conhecimento efetivo sobre ele. Para um análise da filosofia analítica no campo do direito: HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.

da carece de maior elaboração bibliográfica, o que não diminui a pertinência deste trabalho; aliás, aumenta, pois há omissão doutrinária, apesar da importância e atualidade da questão proposta, a qual dá ensejo a importantes discussões jurídicas.

## 2 CONCEPÇÕES CONTRATUAIS

A evolução contratual, como de resto toda a evolução do direito, sempre sofreu influências de fatores sociais contingentes. As mutações sociais incidem imediatamente sobre a forma pela qual são celebrados os acordos de vontade, tornando o instituto contratual com facetas amplamente distintas, de acordo com a perspectiva histórica em que é analisado. Dentro deste contexto instável, para o conhecimento das relações contratuais, é imprescindível traçar um perfil das transformações históricas sofridas por esse instituto.

Apenas o raciocínio lógico, abrangendo simplesmente o panorama normativo, não é suficiente para atender a todas as questões que se levantam<sup>2</sup>.

O contrato teve gênese própria e anterior ao direito positivo, sob a égide de normas consuetudinárias e descentralizadas<sup>3</sup>, e só em momento posterior foi jurisdicizado. Mesmo existindo desde tempos remotos<sup>4</sup>, e sendo o expediente mais comum entre as transações humanas<sup>5</sup>, a concepção teórica do

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções contratuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 01.

<sup>3</sup> DAIBERT, Jefferson. *Dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 03.

<sup>4</sup> Para uma breve análise histórica da evolução dos contratos, na doutrina nacional, entre outros: DAIBERT, Jefferson. op. cit., p. 03; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 01-09; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil (teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos)*. V. II. São Paulo: Atlas, 2002. p. 362-369; LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 22.

<sup>5</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. op. cit., p. 22.

contrato alcançou importância emblemática em meados do século XIX<sup>6</sup>. A ideologia do Estado Liberal dominava a política, e a concepção contratual acompanhou esta tendência.

A evolução do desenvolvimento social, mormente a nova realidade surgida do progresso capitalista, exigiu a criação de novas formas contratuais que atendessem a esse, também novo, contexto social. O contrato, então, atendeu às novas diretrizes do exurgente Estado Social<sup>7</sup>, tendo sofrido alterações teóricas e pragmáticas.

Observa-se, neste sintético panorama, que existem duas concepções contratuais predominantes: uma contaminada pela ideologia do Estado Liberal, denominada concepção clássica (ou liberal); e outra, a concepção social, surgida em consequência das alterações sócio-político-econômicas que fizeram nascer o Estado Social.

## 2.1 Concepção clássica (liberal)

As ideias do liberalismo, iniciadas desde o período pré-revolucionário do século XIX, objetivavam abafar os séculos de opressão do absolutismo<sup>8</sup>. Visando extinguir o Estado absoluto, a filosofia liberal defende a liberdade plena do indivíduo, e o Estado é reconhecido como um mal necessário, devendo ter atividades mínimas<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. op. cit., p. 13.

<sup>7</sup> Segundo defende o próprio Paulo Bonavides, a expressão "Estado social" foi por ele introduzida na literatura nacional, no seu trabalho "Do Estado liberal ao Estado Social", com o qual conquistou a cátedra da Universidade Federal do Ceará, defendendo a tese de uma nova forma de organização institucional, tendo por base a constituição alemã, a partir da Carta de Bonn, de 1946. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 226.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 162.

<sup>9</sup> MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 01. Sugestões Literárias, 1980.

O triplice alicerce da teoria liberal, "liberdade, igualdade, fraternidade", deveria ser oferecido, pelo menos abstratamente, a todos os indivíduos<sup>10</sup>. O Estado é estruturado para assegurar as liberdades individuais, no plano formal, e para exercer a atividade jurisdicional.

No campo econômico, a indústria florescia junto com a ascensão da classe burguesa, que não mais aceitava os privilégios dos nobres, vindo a financiar a Revolução. Juridicamente, os mecanismos criados para uma economia agrícola e feudal não mais correspondiam à economia industrial<sup>11</sup> e precisavam de reavaliação. A limitação estatal desenvolveu o liberalismo no âmbito jurídico. A individualidade foi premissa óbvia contra ingerências estatais, ressaltando-se a necessidade de determinar e controlar o poder do Estado.

A ascensão burguesa ocorreu concomitantemente ao advento do Estado liberal. Estes fatos foram interdependentes e reciprocamente influenciados. Neste interim, o contrato é instrumento básico e ancilar para a burguesia, dando oportunidades para que essa adquira os bens da nobreza<sup>12</sup>.

O momento social requer contratos que se adaptem às exigências de relações econômicas rápidas e autônomas, e o paradigma contratual assume forma simples e universal. As escolhas individuais dos indivíduos, através de negociações minuciosas, promoveriam um contrato racional e justo - a justiça e a racionalidade eram presumidas, já que o contrato fora livremente negociado pelas partes.

<sup>10</sup> SALDANHA, Nelson. O que é o liberalismo. In: *Estado de Direito, Liberdades e Garantias* (estudos de direito público e teoria política). São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

<sup>11</sup> BULGARELLI, Waldirio. Problemática do direito empresarial. In: *Direito Empresarial Moderno - Doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 08.

<sup>12</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. op. cit., p. 362.

O contrato vive o individualismo máximo, sendo considerado válido na medida em que foi querido pelas partes<sup>13</sup>. Aparecem de forma marcante a obrigatoriedade dos contratos e a livre autonomia de vontade de cada parte contratual<sup>14</sup>.

O Estado só deveria ser chamado a intervir quando houvesse o inadimplemento contratual, e apenas para forçar o indivíduo devedor a cumprir o pactuado.

A concepção contratual liberal conseguiu sua função teleológica, ensejando o fortalecimento burguês. Porém, à continuidade da igualdade apenas formal, despontava, e aumentava, a desigualdade substancial. Exteriorizou-se a falácia das negociações paritárias e equivalentes, quando havia maior barganha de quem possuía superioridade econômica<sup>15</sup>. A sociedade sente os problemas do (des)controle privado, e o Estado é chamado a intervir.

**ESMAPE - BIBLIOTECA**  
**Tomb.FA 20080030**  
**Local P-01**  
**Ch. 00001913 C**

## 2.2 Concepção social

A ideia do Estado mínimo mostrou-se desastrosa e incapaz de assegurar vida digna à maioria das pessoas. Além disso, o colapso econômico no período entre guerras mostrou a exaustão do controle privado, forçando a uma maior intervenção estatal. O Estado absorveu as ideias de justiça social e igualdade material, aumentando suas atribuições e seu poder de intervenção. O direito volta-se ao cumprimento dos objetivos estatais, sobressaindo-se o deontologismo técnico para consecução de metas preestabelecidas.

O contrato, neste âmbito, já não é mais livremente negociado, mas delimitado por moldes normativos estatais.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 363.

<sup>14</sup> Sobre os citados princípios contratuais: VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 375-388; PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 04 -14; GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 2244.

<sup>15</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. p. 11

O controle estatal é realizado nas esferas judicial, administrativa e legislativa<sup>16</sup>. A orientação estatal manifesta-se na formação contratual, através de normas que obrigam determinadas contratações; no conteúdo, com a imposição de cláusulas obrigatórias; e na revisão dos contratos, mediante o uso da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*<sup>17</sup>, sob a égide de princípios de equidade e justiça distributiva.

Além desta nova forma de atuação estatal, exigências econômicas impuseram a uniformização de importantes relações contratuais contraídas em série. O esquema contratual, em algumas searas econômicas, passou a ser pré-constituído, através de cláusulas uniformes elaboradas por uma das partes, não restando a outra parte senão aceitá-las por inteiro<sup>18</sup>. Este modelo contratual padronizado, onde a vontade de uma parte limita-se a aceitar o que já foi proposto pela outra, não se subsume a ideia de autonomia da vontade do liberalismo, que pressupõe a negociação paritária. Os juristas relutaram em aceitar essa forma contratual, mas o fato econômico foi mais ágil e determinado, e esse tipo de contrato se expandiu<sup>19</sup>.

A nova forma de atuação estatal, limitando a autonomia da vontade, em conjunto com a massificação dos contratos, criaram problemas insolúveis para a concepção liberal de contrato. Os conceitos jurídicos até então vigentes, refletindo o individualismo burguês, tomaram-se incompletos e foram reelaborados ou substituídos.

O padrão social de contrato, ainda que defendido pelos autores tradicionais como usual, perde muito de sua

<sup>16</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. p. 25-28, 58-67.

<sup>17</sup> Sobre a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão: PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 98 -102; GOMES, Orlando. op. cit., p. 36-42; VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 461-469.

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

<sup>19</sup> ROSA, Josimar Santos. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 142.

operacionalidade com as consequências da globalização, merecendo reflexão mais ampla.

### 3 REPERCUSSÕES DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

As repercussões da globalização econômica estenderam-se, e estendem-se, a praticamente todos os aspectos da realidade. Não há como negar seus efeitos nem ficar imune a eles.

Para o seguimento do presente estudo, é essencial traçar algumas linhas, mesmo breves, sobre esse fenômeno. Deste modo, a uma análise específica das repercussões nos contratos, precederá um panorama genérico e didático da globalização, crucial para a concatenação de idéias proposta desde o início deste trabalho.

#### 3.1 Análise genérica

O amplo desenvolvimento comercial proporcionou a supressão das fronteiras e a conseqüente interação mundial. O processo de globalização ocorre desde as origens do capitalismo, mas intensifica-se a partir dos anos 80, com a “velocidade do desenvolvimento da informática e das técnicas industriais”, gerando “novos padrões de eficiência e produtividade”<sup>20</sup>. A racionalização de esforços visando a obtenção de lucros, no âmbito de um sistema altamente competitivo, impôs a concentração empresarial como única forma de dominação de mercados. O comércio internacional atinge proporções

<sup>20</sup> FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In. PINHEIRO, José Emame (org.). *Ética, justiça e direito*: reflexões sobre a reforma do Judiciário. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 51-52.

inéditas, e o mercado global firma-se em uma estrutura de produção pós-industrial<sup>21</sup>.

A globalização gera um cenário interdependente, e os Estados, antes autônomos na tarefa de realizar e implementar suas políticas públicas, são cada vez mais condicionados pelo cenário externo. O papel do Estado é relativizado, sua estrutura jurídica é questionada com o aparecimento de normas independentes criadas pelos agentes econômicos, correspondendo a suas racionalidades e necessidades próprias<sup>22</sup>. O centro de poder sai do âmbito do “Estado-nação” e descentraliza-se nas corporações globais. Essas corporações não distinguem as fronteiras geográficas e direcionam seu efetivo poder de barganha em face de todos os Estados, exigindo o máximo de abertura e desregulamentação no comércio mundial<sup>23</sup>.

O modelo de organização vigente é o Estado regulador, alicerçado por uma ideologia neoliberal que subjaz em toda sua estrutura. As decisões estatais passam a ser pautadas, gerenciadas e ingerenciadas pelos ditames da economia, sobressaindo-se em importância o efetivo poder das empresas globais e do sistema financeiro internacional. É, em suma, a economia que baliza as decisões políticas e jurídicas dos Estados<sup>24</sup>.

O sistema jurídico perde as características tradicionais na seara de uma estrutura de poder fragmentada, quando o contexto exógeno ganha cada vez mais força, e o Estado, ao promulgar suas leis, tem em consideração as questões econô-

<sup>21</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direitos do consumidor. In. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 225.

<sup>22</sup> Na mesma linha argumentativa: IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

<sup>23</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>24</sup> IANNI, Octavio. op. cit., p. 34.



micas e financeiras internacionais. A regulamentação estatal é cada vez mais indireta, deixando margem à auto regulação privada<sup>25</sup>.

O poder da empresa alcança grandes proporções, na medida em que é essa que controla os processos produtivos, tendo o efetivo poder econômico. A garantia de retorno dos investimentos empresariais é exigência do sistema, e o contrato avulta de importância como instrumento idôneo na consecução deste objetivo.

### 3.2 Análise tópica

O contrato é o mecanismo essencial da empresa e, por anastomasia, do mundo negocial. A globalização acarreta a consagração do contrato, visto que esse instrumento transfere a criação normativa diretamente aos agentes econômicos.

Neste diapasão, as afinidades entre os contratos e a globalização criam um novo universo contratual, caracterizado tanto pela existência de novos e emblemáticos tipos contratuais quanto pela criação de formas alternativas de resolução de dissídios entre as partes contratantes, que refogem, por certo, à tradicional solução judicial.

#### 3.2.1 Novo contexto contratual

Os arquétipos contratuais surgidos com a globalização têm facetas peculiares, ultrapassando os modelos teóricos até então produzidos. Dos contratos exsurgentes, destacam-se os contratos eletrônicos<sup>26</sup>, marcas da sociedade informacional,

<sup>25</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. op. cit., p. 183-195.

<sup>26</sup> BARGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

além dos denominados contratos relacionais<sup>27</sup>. Não há distinções excludentes entre esses contratos, ambos podem se intercruciar, e isso ocorre com certa frequência, nas complexas e multifacetadas relações contratuais vigentes.

No tocante aos contratos eletrônicos, é facilmente perceptível que a criação de um mercado de proporções globais envolve a necessidade de um complexo e eficaz instrumento informacional. Com a Internet, rede de telecomunicações global e descentralizada, surge o meio eficaz para a proliferação de uma nova forma de contratos, rápida e desburocratizada, à revelia da estrita regulação estatal. Os contratos eletrônicos são celebrados pela Internet, e auto regulados pelos participantes, vale dizer, pelas grandes empresas globais que são as efetivas controladoras da rede. Esses contratos têm ligação expressa com a globalização, permitindo, inclusive, seu crescente progresso.

O conteúdo contratual encontra-se previamente estabelecido nas páginas eletrônicas, e o outro contratante apenas aceita o que já foi estipulado. A formulação destes contratos assemelha-se aos contratos de adesão, mas afasta-se dessa concepção, pelo menos quanto a sua formulação histórica e teórica, no momento em que foge do controle estatal. Precisamente, não se adapta ao modelo liberal, faltando a livre discussão contratual, que se substanciará na simples adesão; nem à concepção social, pois sua regulação é flexível e eminentemente privada. É um modelo contratual efetivamente novo.

Além dos contratos eletrônicos, os contratos relacionais também chamam muita atenção no âmbito das novas relações e despontam na sociedade globalizada.

Os contratos relacionais são de longa duração e têm como marca a impossibilidade de completa definição de seus

<sup>27</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

termos, a depender das contingências mercadológicas<sup>28</sup>. Este tipo de contrato reflete a descentralização e interdependência entre as estruturas de poder. As relações comerciais passam a ser altamente complexas e a envolver distintos entes. A exigência de produtos altamente competitivos exige permanentes inovações e adaptações tecnológicas, o que só se torna possível com uma produção especializada e flexível, respondendo rapidamente às alterações do mercado. Este tipo de produção depende da continuidade das transações entre as partes<sup>29</sup>.

Os contratos relacionais, atendendo às imposições da sociedade global, não são precisamente especificados em termos de preço, quantidade, data de entrega e outros elementos contratuais, pois eventuais mutabilidades do mercado podem redefinir os termos do acordo prévio. Há, ainda, dificuldades na definição dos moldes em que os preços serão reajustados, devido à própria indeterminação e flexibilidade dos termos contratuais. Enfim, não se especificam claramente quais as consequências do inadimplemento contratual, que tende a ser negociado, sem comprometer a existência do contrato<sup>30</sup>.

A incerteza sobre o comportamento do mercado gera um contrato dinâmico e adaptável, o qual não afeta apenas uma empresa, mas toda a cadeia produtiva. Em síntese, as partes estabelecem os termos em que futuramente especificarão o contrato, no curso da própria relação obrigacional; e essas definições não afetarão apenas aqueles diretamente envolvidos, pois seus efeitos repercutem em uma grande teia de participantes<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. p. 206-212.

<sup>29</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op. cit.

<sup>30</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. p. 207.

<sup>31</sup> Um exemplo desta intrincada rede contratual é "a concentração espacial de laboratórios, centros universitários, firmas de consultoria altamente especializadas, organizações intermediárias de negócios e pequenas e médias empresas especializadas em partes específicas da produção, pautando-se todas elas por uma troca contínua de informações e operando em atividades

Os contratos relacionais têm estrutura oposta aos contratos até então predominantes, pois nesses, em geral, o momento de formação do contrato é o marco final para a concretização de suas cláusulas rígidas e eventuais alterações não prescindem de outro termo contratual. É certo que o intervencionismo estatal pregou, em certos âmbitos, a revisão contratual, mas realizada exclusivamente pelo Judiciário, não pelas partes. A peculiaridade deste contrato faz com que tenha feições ímpares e seja suscetível de estudos específicos.

### 3.2.2 A resolução dos dissídios contratuais como questão emblemática

As normas que regem os mercados introduzem uma flexibilidade até então desconhecida pelos padrões jurídicos. Para atender a racionalidade própria de uma economia célere, o Estado se vale de processos de desentramamento jurídico e desbloqueio burocrático. Contudo, a lentidão inerente ao aparato decisório estatal não condiz com a dinâmica da economia global.

As regras de direito positivo são substituídas pelas flexíveis leis do mercado, tanto na formação dos contratos quanto, em eventual momento posterior, na inexecução contratual. As consequências do inadimplemento do contrato ganham facetas inéditas. Nas concepções contratuais usuais, mesmo na liberal, o descumprimento contratual não prescindia da atuação estatal. O Estado devia ser chamado para fazer com que os contratos fossem adimplidos.

Hodiernamente, a dificuldade de tempestivas adaptações legislativas, e a lentidão e limitação geográfica do Poder

de alto valor agregado(...)", há, enfim, "um círculo virtuoso de sinergia entre pesquisa, inovação industrial e capacitação de mão de obra ao longo de toda a cadeia produtiva(...)". FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 209.

Judiciário<sup>32</sup>, têm como consequência o crescimento das cláusulas que prevêm a solução de eventuais conflitos através de um tribunal arbitral. Além da maior celeridade na resolução de conflitos, exigência lógica do sistema global, a arbitragem é um meio eminentemente técnico, realizado, de ordinário, por quem tem conhecimento específico sobre o assunto<sup>33</sup>.

A negociação e a mediação substituem a adjudicação clássica. Os mecanismos de solução dos problemas contratuais, tanto na interpretação de cláusulas ambíguas quanto no inadimplemento contratual, têm características que se distanciam da jurisdição estatal. A solução das pendências contratuais pelas próprias partes, por meio de medidas autocompositivas ou através de um terceiro que intervém na relação apontando soluções, torna-se característica marcante dos contratos. E, mesmo que a composição e a arbitragem tenham origem remota, é com a globalização que essas atingem proporções grandiosas<sup>34</sup>.

A faculdade outorgada às partes de invocarem regras internacionais de comércio para regência de suas relações particulares quebra o monopólio do Judiciário, deixando claro a existência da *lex mercatoria*, e evidenciando uma nota essencial das atuais relações privadas.

<sup>32</sup> IANNI, Octávio. op. cit.

<sup>33</sup> As vantagens da arbitragem, como celeridade, informalidade, flexibilidade, sigilosidade e confiabilidade, são vitais para a nova dinâmica econômica. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 10.

<sup>34</sup> Segundo a imprensa especializada, 80% dos conflitos mercantis internacionais são resolvidos por arbitragem e mediação. FARIA, José Eduardo. op. cit., p. 36. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association* (AAA), entidade privada de arbitragem, soluciona 90% das lides decorrentes do contrato de trabalho. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. op. cit., p. 11.

#### 4 CONCLUSÃO: UM PANORAMA EM FORMAÇÃO

Apesar da anodinia em face dos problemas sociais<sup>35</sup>, a globalização econômica é um fato, e suas consequências na teoria dos contratos também. O livre funcionamento do mercado retoma o princípio da autonomia da vontade, mas essa autonomia é limitada, não mais pelos Estados, e, sim, por agentes econômicos globais.

Os contratos que se avizinham trazem problemas operacionais às concepções dominantes, e o apego exacerbado a essas, além de inócuo, seria obstáculo à evolução jurídica. A análise geral implica em conclusões que tornam insuficientes as premissas gerais do modelo liberal e do modelo social, tão dependentes de um contexto histórico específico e da existência de um padrão contratual típico.

Não se quer dizer, saliente-se, que esses contratos foram excluídos da vida econômica. Esses tipos contratuais ainda respondem por uma parcela relevante da economia, mas têm perdido espaço para novas formas de contrato. Aliás, esse é o panorama que se forma na multifacetada e policêntrica estrutura social, com formas de contrato mutáveis e dinâmicas, além de extremamente heterogêneas. Não há, então, um modelo contratual único, mas vários paradigmas contratuais que se inter cruzam e sofrem influências recíprocas.

Sendo assim, não se busca um tipo contratual omnicompreensivo, visto que a dinâmica estrutura global não se encaixa a padrões dogmáticos, e uma eventual discussão que prescindisse desse fato estaria fadada a desaguar em logomaquias inúteis, pelo menos, na fase atual, e dentro das projeções possíveis.

<sup>35</sup> Para uma análise dos problemas políticos e sociais exsurgentes em uma sociedade global: BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial* (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 1999.

Em todo caso, frente a essas mutações fáticas, cabe uma análise mais ampla do fenômeno contratual, não se esquecendo das concepções manualísticas, a título de propedêutica, mas ultrapassando essas, tanto no enfoque epistemológico quanto no operacional. A globalização, afinal, tem proporcionado o ambiente ideal para o florescimento dos contratos, devido às suas características semelhantes, pois ambos os fenômenos repudiam a imutabilidade formal do dever-ser, sendo mais suscetíveis, por suas naturezas, ao relativismo heraclitano, em um constante vir-a-ser...

## 6 REFERÊNCIAS

BARGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial** (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. Problemática do direito empresarial. In: **Direito Empresarial Moderno - doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: PINHEIRO, José Emame (org.). **Ética, justiça e direito: Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

9. GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Contratos de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

HART, Herbert. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções contratuais**. São Paulo: Saraiva, 1986

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. v. II

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direitos do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Em todo caso, frente a essas mutações fáticas, cabe uma análise mais ampla do fenômeno contratual, não se esquecendo das concepções manualísticas, a título de propedêutica, mas ultrapassando essas, tanto no enfoque epistemológico quanto no operacional. A globalização, afinal, tem proporcionado o ambiente ideal para o florescimento dos contratos, devido às suas características semelhantes, pois ambos os fenômenos repudiam a imutabilidade formal do dever-ser, sendo mais suscetíveis, por suas naturezas, ao relativismo heraclitano, em um constante vir-a-ser...

## 6 REFERÊNCIAS

BARGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial** (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. Problemática do direito empresarial. In: **Direito Empresarial Moderno - doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: PINHEIRO, José Emame (org.). **Ética, justiça e direito: Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

9. GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Contratos de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

HART, Herbert. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções contratuais**. São Paulo: Saraiva, 1986

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. v. II

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direitos do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Villhena (coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. II

ROSA, Josimar Santos. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 1994.

SALDANHA, Nelson. O que é o liberalismo. In: **Estado de Direito, Liberdades e Garantias** (estudos de direito público e teoria política). São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

VENOSA, Silvio de salvo. **Direito Civil** (teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos). São Paulo: Atlas, 2002. v. II

## REVISITANDO A RESSOCIALIZAÇÃO: ESTUDO REALIZADO NA COMUNIDADE DO TURURU - PAULISTA - PE

*Josenildo Coelho Teodoro*

Bacharel em Direito. Autor de diversos artigos publicados em Periódicos Científicos e Anais de Congressos Nacionais e Internacionais. Aluno do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas e Pós-graduando em Direito Público da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape.

### RESUMO

O estudo em tela analisa a problemática ressocializadora de forma não apenas teórica, mas prática. Para tanto, além do referencial bibliográfico foi desenvolvida uma pesquisa de campo aplicada a ex-presidiários. A partir da visão daqueles que já passaram pelos caos prisional e de programas ressocializadores intramuros, objetivou-se investigar se as medidas de ressocialização aplicadas reintegram o apenado ao seio social. Numa abordagem quantitativo-qualitativa aplicou-se um questionário com perguntas abertas e fechadas a população-alvo. Os dados foram tabulados com o uso do software Microsoft Office Excel, utilizando-se da estatística descritiva, apresentando os resultados por meio de tabelas de frequência e

gráficos. Diante das respostas analisadas, pode-se concluir que os ex-apanados se sentiram "usados", pois que para eles os programas ressocializadores criaram uma imagem fictícia e momentânea, benéfica apenas às empresas conveniadas e ao Estado. Não modifica positivamente a vida do apenado, pois que ao sair da prisão o trabalho-educação que tinham faz parte apenas do passado carcerário. E, a sua realidade é a de um ex-prisioneiro: continuam desempregados e escamoteados socialmente.

**Palavras-Chave:** ressocialização, aprisionamento, sistema penitenciário.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DIANTE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 2 PROCEDER METODOLÓGICO. 3 A VISÃO DOS EX-PRESIDIÁRIOS SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO. 3.1 A Pesquisa de Campo: Resultados. 3.1.1 Perfil dos Respondentes. 3.1.2 A Operacionalização dos Programas Ressocializadores no Âmbito do Sistema Prisional em Pernambuco. 3.1.2.1 Considerações sobre a Consecução do Trabalho Ressocializador. 3.1.2.2 Propostas à Ressocialização na visão dos ex-prisioneiros. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O estudo em tela analisa a problemática ressocializadora de forma não apenas teórica, mas prática. Para tanto, além do referencial bibliográfico foi desenvolvida uma pesquisa de campo aplicada a ex-presidiários.

Sabe-se que as medidas de ressocialização têm como finalidade precípua a reintegração do ser humano à sociedade. Parte-se, pois, da premissa que o homem enquanto ser social tem natureza gregária. Convém, então, ressaltar que para ser

aceito, é necessário estar em conformidade com determinadas normas e valores convencionados pela sociedade da qual se faz parte.

Neste contexto, verifica-se a imprescindibilidade de ressocializar o apenado, conquanto este possa estar preparado ao convívio social. Mas as dificuldades que envolvem esta temática são complexas: sistema penitenciário com todos os seus déficits, os entraves Estatais, a sociedade que tem dificuldades em visualizar o ex-prisioneiro como um cidadão e o próprio apenado absorto em sua condição antes, durante e depois do cárcere.

Considerando-se os aspectos relacionados à ressocialização diante do difícil caminho de novamente voltar a ser partícipe ativo da sociedade, insurge o questionamento abaixo:

***As medidas de ressocialização estarão efetivamente reintegrando o apenado ao seio social?***

Sob uma ótica legalista, verifica-se que o objetivo precípua da Lei de Execuções Penais é a ressocialização combinada com o cumprimento do julgado. Assim, tem-se em seu art. 1º: "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Verifica-se, portanto, que se a sentença definir como regime prisional o fechado ou o semi-aberto, o preso estará exposto às mazelas da prisão.

Os programas que objetivam a ressocialização são propostos aos encarcerados. Assim, como reintegrar alguém que já rechaçado socialmente, está entremeio a toda sorte de vio-

lência e maus-tratos e quíça se profissionalizando para o crime, pois precisa ser aceito na sociedade prisional? Entretanto, como ele irá participar dos programas ressocializadores se não estiver aprisionado?

Desta forma, a temática objeto deste estudo, justifica-se por investigar o difícil caminho da “recuperação” do detento, em meios às intempéries que envolvem não apenas o momento atual, em que o mesmo está cumprindo a sua pena, mas o contexto social no qual os apenados estão envolvidos: precariedade do acesso à justiça, esfacelamento de suas famílias, discriminação social, enfim, problemas que se não o conduziram, mas, contribuíram fortemente para a formação do ser delituoso.

E, finalmente a pesquisa se faz importante por evidenciar no meio acadêmico, extensivamente à sociedade, que os condenados antes de serem assim denominados, são pessoas que necessitam de um apoio para que não voltem a reincidir, como ensina Beccaria (2000, p.62) “o fim das penas é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo [...], que guardadas as devidas proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens”.

## 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DIANTE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Segundo Paixão (1987, p.48), “a prisão é uma instituição organizada para aplicar as chamadas penas de privação de liberdade, com duas funções definidas: afastar o criminoso da sociedade e propiciar-lhe condições de reeducação e ressocialização”. Assim, freqüentemente associa-se a origem da palavra pena a expressão grega *penos*, que significa castigo, dor, suplício, o que traz implícito o conceito de vingança.

Num plano teórico, historicamente, a conceituação, os objetivos e os tipos de pena sofreram mudanças consideráveis. Porém, a realidade diária no âmbito prisional, noticiada cotidianamente, mostra que há ainda muito o que caminhar para assegurar a integridade corporal do apenado.

Considerando-se as premissas anteriores, tem-se que na Idade Média, acorrentados em cárceres insalubres, os condenados ficavam à mercê dos detentores do poder, sendo que o verdadeiro objetivo da lei penal era provocar o medo coletivo: “Loucos, mulheres, velhos e crianças esperavam espremidos entre si em terríveis calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte” (TOMAS Y VALIENTE, 2005, p. 356).

Foucault (1997) observa que a função jurídico-política atribuída ao suplício, era a de reafirmar o poder do soberano, mantendo “estável” o sistema por meio da vingança pública, a qual foi modificada à medida que a punição deixava de ser ostensiva para tornar-se perceptível apenas na consciência abstrata.

Assim, a pena de prisão é entendida, como uma evolução no *ius puniendi* Estatal. Porém, não se pode conceber, por isso, que a prisão se traduza numa proposta de humanização da pena, por representar (supostamente) a abolição de castigos corporais cruéis. Ao contrário, a prisão que mantém as mazelas da crueldade corporal, macula fisicamente, distanciado-se do fim das penas: dissuadir os outros de fazer o mesmo (BECCARIA, 2000; PLATÃO apud KELSEN, 2001).

A prisão institucionalizou-se à luz do Direito Canônico, com um caráter penitente, e pretendeu progredir para um enfoque reeducativo, propalando, modernamente, o discurso do tratamento ressocializador. Mas esse discurso oficial



é amplamente descumprido, e a ideologia ressocializadoras mostraram-se inviáveis de operacionalização. (TOMAS Y VALIENTE, 2005)

A crítica às prisões também perpassa nas más condições físicas dos estabelecimentos prisionais, na falta de recursos humanos adequadamente treinados e de recursos materiais que propiciam uma condição desumana ao segregado e na corrupção intramuros. Silva e Bezerra (2007, p.1) afirmam que:

A superlotação das unidades prisionais, as subumanas condições de vida dos presos, o crescimento de organizações criminosas e da corrupção dentro das prisões, aliado à falta de segurança, não permitem que os estabelecimentos carcerários cumpram sua função.

Na verdade, a crítica coerente deve passar pelo reconhecimento de que a prisão não é instrumento hábil para promover a ressocialização de ninguém, pois reflete as desigualdades sociais e segrega os indivíduos já excluídos pela própria sociedade.

O caráter de segregação que lhe é inerente consagra a opressão, na medida em que retira os apenados do meio social, reforçando uma estigmatização que prosseguirá com a tradicional classificação dos internos no interior dos presídios e acompanhará o condenado até depois do cumprimento da pena, no seu retorno ao convívio social.

Mais do que isso, alijado do convívio na sociedade global, o detento passa a conviver numa sociedade com regras e padrões próprios, a chamada sociedade carcerária, deflagrando-se a partir daí, aquilo que Thompson (1980)

denomina de “prisionização” e/ou “aculturação”, fenômeno comum em todas as instituições fechadas, inclusive as prisões. A prisão promove uma ruptura na vida pessoal do interno, que, ao sair, depara-se com as “portas fechadas”, ante o altíssimo grau de estigmatização resultante da segregação.

A rejeição ocorrida a partir do “etiquetamento” social, impulsiona o ex-detento a buscar a convivência em grupos que congregam pessoas em situações fáticas semelhantes à sua, subculturas que estabelecerão normas, valores e comportamentos compatíveis com a realidade de quem é egresso do sistema penitenciário, mas normalmente condenados pela sociedade global, o que só reafirma o padrão desviante.

Finalmente, há os efeitos da penalização sobre sua família, levando-se em conta que em grande parte, o atual detento é o seu valhacouto. Assim, a família é conseqüentemente penalizada, do ponto de vista financeiro, econômico e psicológico (PAIXÃO, 1987).

Por todas essas razões, é ressaltada a inoperância da pena de prisão enquanto tratamento ressocializador do delinqüente. Tem-se, assim, a ruína de uma “promessa declarada” no Direito Penal contemporâneo.

## 2 PROCEDER METODOLÓGICO

O método científico utilizado neste estudo foi o hipotético-dedutivo. Segundo Lakatos e Marconi (1991, p.65) se caracteriza pela:

construção de conjecturas que devem ser submetidas a testes, os mais diversos possíveis, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade

crítica e ao confronto com os fatos para ver quais as hipóteses que sobrevivem como mais aptas na luta pela vida, resistindo, portanto, às tentativas de refutação e falseamento.

Conforme aos autores acima citados (1991) este método consiste nas seguintes etapas: expectativas ou conhecimento prévio, problema, conjecturas e falseamento. Assim, a partir do estudo de uma amostra e/ou de um tema, pode-se inferir sobre o comportamento de uma população de acordo com a variável analisada na pesquisa.

Quanto aos procedimentos, a pesquisa caracteriza-se segundo a sua natureza: (a) *descritiva* por descrever de forma sucinta o perfil dos investigados, atentando para a sua não-identificação pessoal; (b) *exploratória* por ampliar o grau de conhecimento sobre a temática da pesquisa e (c) *explicativa*, por buscar esclarecer o impacto dos procedimentos que visam a reintegração social do apenado. Com relação aos meios de investigação, a pesquisa caracteriza-se em bibliográfica, pelo emprego de materiais de acesso público, tais como livros, revistas especializadas, anais de congressos, entre outros.

Portanto, com o objetivo principal de se obter evidências empíricas acerca das medidas de ressocialização, se estarão efetivamente reintegrando o apenado ao seio social, foi aplicado um questionário com perguntas fechadas e abertas a uma amostra de 30 pessoas (15 mulheres e 15 homens), que se caracterizam por serem ex-prisioneiros e participarem de cursos promovidos pela Associação de Moradores da Comunidade do Tururu em Paulista - PE.

Vale salientar que o questionário foi aplicado pessoalmente pelo investigador, desse modo todos foram respon-

dados, o que representa segundo Marconi e Lakatos (1999, p.100) um resultado favorável, pois que "em média, os questionários expedidos pelo pesquisador alcançam 25% de devolução."

Quanto à análise e tabulação dos dados, foi utilizado o software Microsoft Office Excel, utilizando-se da estatística descritiva, apresentando os resultados por meio de tabela de frequência e gráficos, e que ao final foram evidenciadas as considerações e conclusão desta pesquisa.

### 3 A VISÃO DOS EX-PRESIDIÁRIOS SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO

Sabe-se que o trabalho ressocializador torna-se complexo diante da realidade conjuntural e social do país, representando um difícil caminho a ser percorrido. Vale salientar que segundo Azevedo (1999, p. 29), já

descrente da legislação vigente e em face da forma como é tratado, o preso vê com ceticismo e desconfiança a perspectiva de sua recuperação pelas regras impostas através do sistema prisional, e desenvolve uma aguda sensibilidade aos excessos de punição que lhe infligem as precárias condições da prisão e as penas privativas de liberdade.

Nota-se, portanto, que não apenas os históricos problemas prisionais físicos (superpopulação, violência, maus-tratos etc.), também questões intangíveis como relações de poder, corrupção, ameaças etc. impactam e engessam uma prática ressocializadora.

No Estado de Pernambuco tem-se como mecanismo viabilizador de uma possível ressocialização, a Chefia de Apoio aos Egressos e Liberados (CAEL), a qual faz parte da Secreta-

crítica e ao confronto com os fatos para ver quais as hipóteses que sobrevivem como mais aptas na luta pela vida, resistindo, portanto, às tentativas de refutação e falseamento.

Conforme aos autores acima citados (1991) este método consiste nas seguintes etapas: expectativas ou conhecimento prévio, problema, conjecturas e falseamento. Assim, a partir do estudo de uma amostra e/ou de um tema, pode-se inferir sobre o comportamento de uma população de acordo com a variável analisada na pesquisa.

Quanto aos procedimentos, a pesquisa caracteriza-se segundo a sua natureza: (a) *descritiva* por descrever de forma sucinta o perfil dos investigados, atentando para a sua não-identificação pessoal; (b) *exploratória* por ampliar o grau de conhecimento sobre a temática da pesquisa e (c) *explicativa*, por buscar esclarecer o impacto dos procedimentos que visam a reintegração social do apenado. Com relação aos meios de investigação, a pesquisa caracteriza-se em bibliográfica, pelo emprego de materiais de acesso público, tais como livros, revistas especializadas, anais de congressos, entre outros.

Portanto, com o objetivo principal de se obter evidências empíricas acerca das medidas de ressocialização, se estarão efetivamente reintegrando o apenado ao seio social, foi aplicado um questionário com perguntas fechadas e abertas a uma amostra de 30 pessoas (15 mulheres e 15 homens), que se caracterizam por serem ex-prisioneiros e participarem de cursos promovidos pela Associação de Moradores da Comunidade do Tururu em Paulista - PE.

Vale salientar que o questionário foi aplicado pessoalmente pelo investigador, desse modo todos foram respon-

dados, o que representa segundo Marconi e Lakatos (1999, p.100) um resultado favorável, pois que "em média, os questionários expedidos pelo pesquisador alcançam 25% de devolução."

Quanto à análise e tabulação dos dados, foi utilizado o software Microsoft Office Excel, utilizando-se da estatística descritiva, apresentando os resultados por meio de tabela de frequência e gráficos, e que ao final foram evidenciadas as considerações e conclusão desta pesquisa.

### 3 A VISÃO DOS EX-PRESIDIÁRIOS SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO

Sabe-se que o trabalho ressocializador torna-se complexo diante da realidade conjuntural e social do país, representando um difícil caminho a ser percorrido. Vale salientar que segundo Azevedo (1999, p. 29), já

descrente da legislação vigente e em face da forma como é tratado, o preso vê com ceticismo e desconfiança a perspectiva de sua recuperação pelas regras impostas através do sistema prisional, e desenvolve uma aguda sensibilidade aos excessos de punição que lhe infligem as precárias condições da prisão e as penas privativas de liberdade.

Nota-se, portanto, que não apenas os históricos problemas prisionais físicos (superpopulação, violência, maus-tratos etc.), também questões intangíveis como relações de poder, corrupção, ameaças etc. impactam e engessam uma prática ressocializadora.

No Estado de Pernambuco tem-se como mecanismo viabilizador de uma possível ressocialização, a Chefia de Apoio aos Egressos e Liberados (CAEL), a qual faz parte da Secreta-

ria Executiva de Ressocialização (SERES) pertencente da Secretaria de Defesa Social (SDS).

Foi o Decreto nº 26.998, de 05 de agosto de 2004, instituído pelo Governo do Estado de Pernambuco, que formalizou o “Manual de Serviços da Secretaria de Defesa Social”, definindo as atribuições da CAEL. Assim sendo:

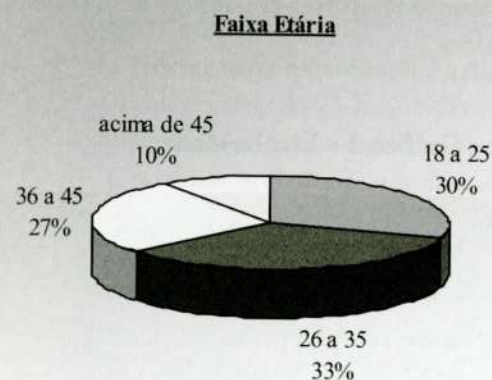
executar o planejamento, organização e formulação da política e diretrizes relacionadas ao acompanhamento médico, psicológico, social e jurídico-penal aos egressos, liberados, presos em regime penitenciário aberto, em liberdade vigiada, indultados com benefício especial e condicional, mantendo atualizado o cadastro pessoal, como determina a Lei de Execução Penal; exercer o controle e o acompanhamento dos sentenciados na prestação de serviços à comunidade e em outras penas alternativas, além de apoiar as suas famílias através de orientação social.[...]

### 3.1 A Pesquisa de Campo: Resultados

#### 3.1.1 Perfil dos Respondentes

Com o intuito de traçar o perfil dos respondentes, sem contudo identificá-los pessoalmente, foi-lhes perguntado acerca da idade e escolaridade.

Gráfico 1 – Faixa Etária



Fonte: Pesquisa de Campo, 2007.

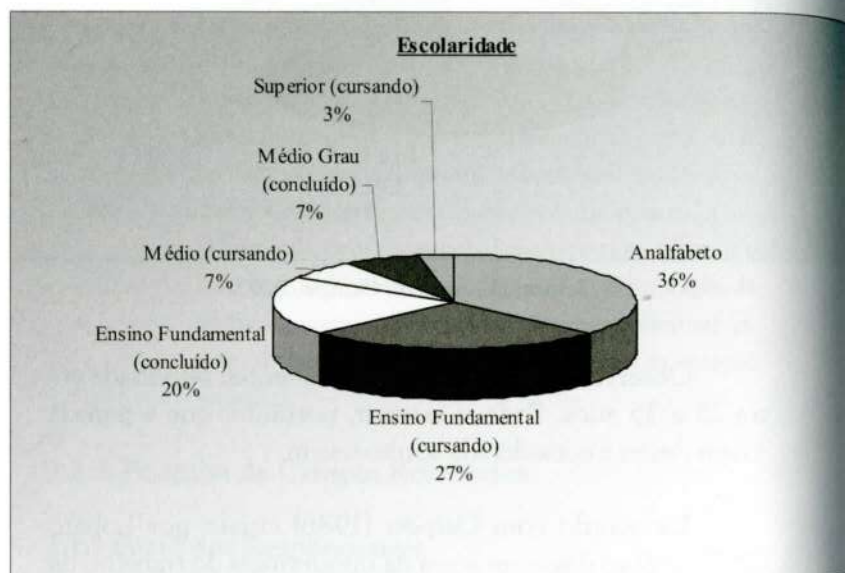
Observou-se que 10 (dez) respondentes, têm idade entre 25 a 35 anos. Pode-se assentir, portanto, que a parcela maior destes é considerada adulto-jovem.

De acordo com Osipow (1986) citado por Lobato (2007, p.6) ao discorrer acerca da importância do trabalho na formação da identidade pessoal, asseguram que indistintamente se são jovens ou idosos, “ter um trabalho valorizado pela sociedade – e ter sucesso nele – aumenta a auto-estima e facilita o desenvolvimento de um senso de identidade cada vez mais seguro e estável”. E, assentem que há risco quando,

a sociedade (e o mercado de trabalho) aponta que alguém não é necessário e que não há disponibilidade de boas colocações (uma mensagem que está sendo dada, atualmente, a grandes números de jovens), pode gerar

dúvidas, incertezas, ressentimentos e perda da auto-estima. Aumentando a probabilidade de confusão de identidade ou mesmo, como em alguns casos de delinquência ou abandono, ocorre a cristalização de uma identidade negativa.

**Gráfico 2 - Escolaridade**



Fonte: Pesquisa de Campo, 2007.

Quanto à escolaridade destes indivíduos, pode ser verificado que a maioria (11 respondentes) é analfaberto (a). Nesta pesquisa definiu-se como analfabetos pessoas que apesar de assinarem o próprio nome, não chegaram a concluir sequer as séries iniciais do ensino fundamental. Algumas, inclusive, chegaram a se matricular, porém impostas pela necessidade de trabalhar para ajudar no sustento familiar, não puderam prosseguir nos estudos.

Conforme, Segnini (2007, p.1) a relação entre empregabilidade não é consequência direta da escolaridade, atingindo outras nuances:

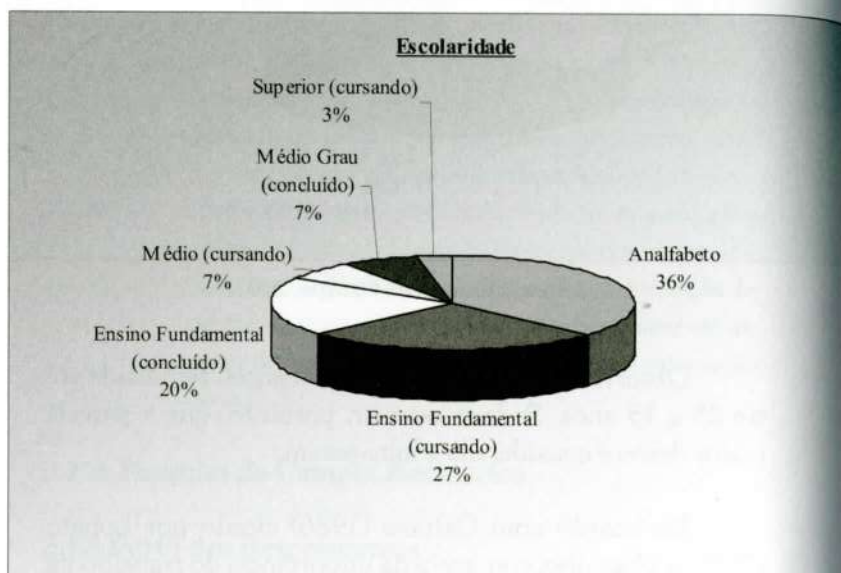
a) crescimento concomitante dos índices de escolaridade e de desemprego dos jovens (30%), ou mesmo a inserção deste grupo social em trabalhos precários, sobretudo, para os mais escolarizados, a proliferação do subemprego com a denominação estágio. Em São Paulo, de acordo com o SEADE/DIEESE, 800 mil jovens entre 15 e 24 anos estão sem ocupação, representando metade dos desempregados, estimada em 1 milhão e 600 mil.

b) Desigualdade entre homens e mulheres, brancos e negros com o mesmo tempo de escolaridade, no mercado de trabalho, tanto em termos de rendimentos como de condições de trabalho. A Pesquisa de Padrão de Vida (IBGE) divulgada em agosto de 1998, realizada em 5.000 domicílios nas regiões Sudeste e Nordeste, de março de 96 a março de 97, registra a desigualdade salarial apontada entre trabalhadores chefes de família, com 12 anos ou mais de estudo.

Pode-se inferir que se já é difícil um posicionamento no mercado de trabalho para quem tem acessibilidade à escolaridade, o que assentir, então, para o ex-presidiário de baixa escolaridade, e ainda, sendo mulher ou negro (a)? A resposta Estatal precisa se fazer presente de forma a minorar o hiato existente entre a realidade da sociedade e as políticas públicas estabelecidas.

dúvidas, incertezas, ressentimentos e perda da auto-estima. Aumentando a probabilidade de confusão de identidade ou mesmo, como em alguns casos de delinquência ou abandono, ocorre a cristalização de uma identidade negativa.

Gráfico 2 – Escolaridade



Fonte: Pesquisa de Campo, 2007.

Quanto à escolaridade destes indivíduos, pode ser verificado que a maioria (11 respondentes) é analfabeto (a). Nesta pesquisa definiu-se como analfabetos pessoas que apesar de assinarem o próprio nome, não chegaram a concluir sequer as séries iniciais do ensino fundamental. Algumas, inclusive, chegaram a se matricular, porém impostas pela necessidade de trabalhar para ajudar no sustento familiar, não puderam prosseguir nos estudos.

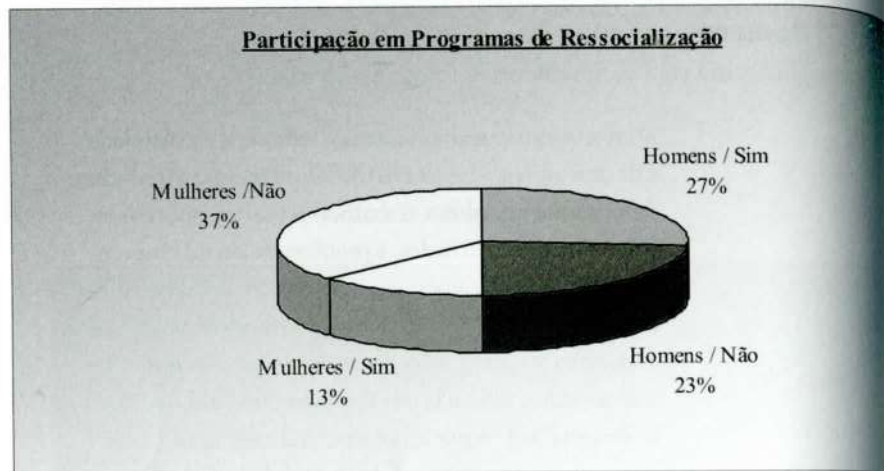
Conforme, Segnini (2007, p.1) a relação entre empregabilidade não é consequência direta da escolaridade, atingindo outras nuances:

a) crescimento concomitante dos índices de escolaridade e de desemprego dos jovens (30%), ou mesmo a inserção deste grupo social em trabalhos precários, sobretudo, para os mais escolarizados, a proliferação do subemprego com a denominação estágio. Em São Paulo, de acordo com o SEADE/DIEESE, 800 mil jovens entre 15 e 24 anos estão sem ocupação, representando metade dos desempregados, estimada em 1 milhão e 600 mil.

b) Desigualdade entre homens e mulheres, brancos e negros com o mesmo tempo de escolaridade, no mercado de trabalho, tanto em termos de rendimentos como de condições de trabalho. A Pesquisa de Padrão de Vida (IBGE) divulgada em agosto de 1998, realizada em 5.000 domicílios nas regiões Sudeste e Nordeste, de março de 96 a março de 97, registra a desigualdade salarial apontada entre trabalhadores chefes de família, com 12 anos ou mais de estudo.

Pode-se inferir que se já é difícil um posicionamento no mercado de trabalho para quem tem acessibilidade à escolaridade, o que assentir, então, para o ex-presidiário de baixa escolaridade, e ainda, sendo mulher ou negro (a)? A resposta Estatal precisa se fazer presente de forma a minorar o hiato existente entre a realidade da sociedade e as políticas públicas estabelecidas.

## Gráfico 3 – Participação em Programas Ressocializadores



Fonte: Pesquisa de Campo, 2007.

Diante da resposta ao questionário, pode-se verificar que dos 15 homens, 8 participaram de programas ressocializadores quando estiveram aprisionados, ou seja, a maioria. Contudo, apenas 4 das 15 mulheres respondentes puderam participar destes programas. Assim, pode-se afirmar que para estes respondentes a proposta ressocializadora, materializada em programas intramuros foi mais benéfica ao universo masculino, o que pode ser motivado pelo maior contingente de homens nas prisões. E, que remontam às questões visualizadas por Segnini (2007) já citadas neste estudo.

### 3.1.2 A Operacionalização dos Programas Ressocializadores no Âmbito do Sistema Prisional em Pernambuco

#### 3.1.2.1 Considerações sobre a Consecução do Trabalho Ressocializador

Àqueles que responderam afirmativamente quanto à participação em programas de ressocialização (8 homens e 4 mulheres), foi-lhes perguntado acerca das conseqüências positivas ou negativas, ou seja, se tais programas surtiram o efeito pretendido, ou seja, reintegração social.

Embora todos os respondentes não mais estarem dentro do cárcere, assentiram unanimemente que os programas não surtiram efeito positivo, pois que segundo as palavras de alguns: “recebia metade do salário e o restante era depositado numa conta (valor entregue no fim ao penado), mas ao término do contrato a empresa onde trabalhava não me queria mais”. Outro respondeu: “a empresa que trabalhava só queria enquanto estava preso, porque recebia benefício do governo, agora que eu saí não consigo mais arranjar nada”.

Diante das respostas, o que pode ser verificado foi um ressentimento ou mesmo a sensação de que foram “usados”, pois que ao saírem dos presídios foram “esquecidos” e não mais ingressaram no mercado de trabalho. Estigmatizados como ex-prisioneiros, fazem biscates e prosseguem desempregados, expostos, portanto, à reincidência.

**Tabela 1 - Funções desempenhadas nos Programas de Ressocialização**

Atribuições Classificadas por Gênero				
Atividade desenvolvida	Mulher	Frequência em %	Homem	Frequência em %
Auxiliar de Serviços Gerais (Limpeza)	2	16,67%	1	8,33%
Cozinheira/o	1	8,33%	1	8,33%
Serviços Administrativos	1	8,33%	-	-
Pedreiro	-	-	1	8,33%
Eletricista	-	-	1	8,33%
Pintor	-	-	1	8,33%
Chaveiro	-	-	1	8,33%
Mensageiro	-	-	1	8,33%
Porteiro	-	-	1	8,33%
Sub-total	4	33,33%	8	≅ 66,64%
Total	12 = 100%			

Fonte: Pesquisa de Campo, 2007.

Acerca dos programas ressocializadores, quanto à forma como foi consecutado, os respondentes afirmaram que apenas as empresas conveniadas com o Estado faziam parte de tais programas, tais quais “correios, prefeitura e justiça”. Na tabela 1 pode-se observar as funções desenvolvidas por mulheres e os homens em atividades de “quebra-galho”, assim denominadas pelos respondentes. Também, informaram que estiveram ligados a tais programas no prazo máximo de 6 (seis) meses e que depois voltaram para o ócio.

Os respondentes afirmaram que normalmente trabalhavam 8 horas por dia, com duas horas para almoço. Que nos finais de semana vinham para casa, a fim de terem contato com seus familiares. E, que no final de cada mês trabalhado faziam um relatório das atividades desenvolvidas, bem como a empresa também fazia o seu relatório e entregavam na direção do presídio.

Importante definir algumas atribuições citadas na tabela: a atividade de *chaveiro*, caracteriza-se por ser desempenhada pelo preso “mais antigo” dentro da unidade prisional. E, a este é confiada as chaves das celas e inclusive, “é ele quem dá as ordens”. *Mensageiro* caracteriza-se por fazer “todos” os serviços internos ou externos do presídio referente ao envio de mensagens, isto é, “as ordens vêm de quem não é preso”. Exemplos: “querem mandar um recado para o diretor ou um copo d’água”; o advogado quer visitar o seu cliente, na portaria há um preso incumbido de localizar o outro preso, repassando a mensagem que o “doutor espera na portaria”.

E, *porteiro* é o preso que cuida da circulação dos outros. Vale salientar que segundo os respondentes, “só entra nestes serviços quem tem ‘costa larga’ no presídio ou dá vantagem para alguém que tem ‘força’ pra colocar”. Ou seja, os critérios de seleção para os programas de trabalho/educação não são consecutados às claras, estabelecidos conforme asseguraram os respondentes, “por amizades”.

Outro ponto a ser ressaltado, é que essas modalidades de trabalho na unidade prisional, sejam internas ou externas servem à remissão<sup>1</sup> da pena, tendo sob esta ótica, caráter ressocializador.

<sup>1</sup> Remissão da Pena - Arts. 126 a 130, LEP - Lei de Execução Penal - L-007.210-1984 - (diminuição da pena - só com trabalho) - para presos definitivamente condenados - para cada três dias de trabalho, diminui-se um dia de pena. - Se presta para a progressão de regime; - Se presta para o livramento condicional. Perda do tempo remido: - crime doloso; - falta grave. Progressão - a cada 1/6 de pena e dependendo do mérito do condenado - evolução para um sistema menos rigoroso, Art. 112 da Lei de execução penal. Não cabe progressão nos Crimes Hediondos: Art. 2º, § 1º, L-008.072-1990: tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes contra a segurança nacional. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/penal/regime\\_especial.htm](http://www.dji.com.br/penal/regime_especial.htm)>. Acesso em: 24 de setembro 2007.



### 3.1.2.2 Propostas à Ressocialização na visão dos ex-prisioneiros

Foi-lhes perguntado se tinham propostas para modificar a realidade dos programas de ressocialização. De forma sintetizadora, os respondentes assentiram que era necessária uma política social “mais séria”, com programas “mais amplos”, uma fiscalização combinada com punição. Acessibilidade à educação, mais incentivos ao trabalho principalmente quando não estão mais na prisão. Também, asseguraram que se a remuneração fosse melhor, talvez a corrupção diminuísse dentro da unidade prisional. E, que se as empresas tivessem mais incentivos, sobretudo as micro e pequenas empresas, haveria mais postos de trabalho e talvez eles conseguissem se fixar no emprego desde quando estavam aprisionados.

## CONCLUSÃO

Não foi apenas o “fracasso” das prisões que determinou a falência do tratamento ressocializador do agente. Na verdade, ela sempre esteve, como o próprio sistema penal, programada para esse fracasso.

Diante da pesquisa realizada verificou-se que nenhum dos respondentes mantiveram o emprego que foi proporcionado no lapso temporal da prisão. Não conseguem mais trabalhar, pois as empresas exigem para a admissão os antecedentes criminais estadual e federal, sendo, portanto, eliminados. Dificilmente conseguem vagas nas escolas, pois são reconhecidos como ex-prisioneiros, portanto as instituições de ensino chegam a afirmar que não têm vagas, com receio deste indivíduo.

Verificou-se, também, que a ressocialização do preso não se dá apenas economicamente através da atividade ocupacional,

da inserção profissional, o que se contrapõe ao que é observado na literatura. Sob esse aspecto, vale lembrar que a atividade nas empresas conveniadas é um dos caminhos para se atingir a reinserção social.

Pode-se concluir que os ex-apanados se sentiram “usados”, pois que para eles os programas ressocializadores criaram uma imagem fictícia e momentânea, benéfica apenas às empresas conveniadas e o Estado. Não modifica positivamente a vida do apenado, pois que ao sair da prisão o trabalho-educação que tinham, faz parte apenas do passado carcerário. E, a sua realidade é a de um ex-prisioneiro: continuam desempregados e escamoteados socialmente.

É necessário, portanto, que o ente Estatal reveja suas estruturas e políticas públicas para atingir esta parcela da população de maneira eficiente, eficaz e efetiva. Pois, da forma em que está pautada a ressocialização, representa nada mais do que um paliativo. Porquanto melhor seria aplicar ao apenado penas alternativas e/ou a mais branda possível, para que este não seja partícipe de aprendizados de delinquência, pois ao sair estará profissionalizado no crime, sendo, portanto mais uma variável propulsora de violência social.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, José Eduardo. As relações de poder no sistema prisional. *Revista da Associação de Pós-graduandos da PUC-SP*, São Paulo, a. VIII, n. 18, p.29-35,1999.

BRASIL. *Lei de execução penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juez Oliveira. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986 (Série Legislação Brasileira).

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História de Violência nas Prisões**. 25 ed. São Paulo: Vozes, 2002.

KELSEN, H. **O que é Justiça: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. Parte Geral. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. v. I, p. 81.

LOBATO, Carmem Regina Poli Sayão. **O Significado do Trabalho para o Adulto Jovem no Mundo do Provisório**. Disponível em: <[http://www.nead.uncnet.br/2007/revistas/psicologia/admin/chama\\_artigo.php?artigo=22.pdf&ed=2](http://www.nead.uncnet.br/2007/revistas/psicologia/admin/chama_artigo.php?artigo=22.pdf&ed=2)>. Acesso em : 20 set. 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução da pesquisa, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1987.

SERES: SECRETARIA DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PERNAMBUCO. Disponível em: <<http://www.seres.pe.gov.br/cultura.htm>>. Acesso em: 02 out. 2005.

SEGNINI, Liliana Rolfsen Petrilli. **Problematizando A Relação Educação, Trabalho e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.lite.fae.unicamp.br/revista/segnini.html>>. Acesso em: 20 set. 2007.

SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 645, 14 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6541>>. Acesso em: 24 set. 2007.

THOMPSON, A. F. G. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **El Derecho Penal de La Monarquía Absoluta**. Madrid: Tecnos, 1969. Disponível em: <[www.patrimonionacional.es/realbiblioteca](http://www.patrimonionacional.es/realbiblioteca)>. Acesso em: 19 abr. 2005.

# CRIMES PRATICADOS NA INTERNET: BREVE VISÃO DA NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL PARA TUTELAR OS BENS JURÍDICOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.<sup>1</sup>

*Karina da Rocha Carvalho*

Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Integrada do Recife/FIR, Pesquisadora Bolsista PIBIC/FIR, ano 2006/2008, com o projeto "Crimes praticados na Internet: necessidade de uma Legislação Penal para tutelar os bens jurídicos na rede mundial de computadores".

*Maria Amália Oliveira de Arruda Câmara*

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE, Pesquisadora Coordenadora Voluntária

---

<sup>1</sup> O artigo está intitulado e baseado na pesquisa de Iniciação Científica, incentivada pela Faculdade Integrada do Recife - FIR, com o apoio do PIBIC, em vigência, vindo a participar de eventos científicos na FIR e na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, em 2007, sendo constituída por uma equipe de cinco pesquisadores: Prof.ª MSc. Mariângela Soares Marques Pereira (Coordenadora), Prof.ª MSc. Maria Amália Oliveira de Arruda Câmara (Coordenadora Voluntária), Prof.º MSc. Teodomiro Noronha Cardozo (Coordenador Voluntário), Karina da Rocha Carvalho (Pesquisadora Bolsista) e Clériston Tenório de Amorim (Pesquisador Voluntário). O grupo tem como ponto para o seu desenvolvimento: pesquisar, de forma teórica e prática, os crimes informáticos no qual cada aluno pesquisador desempenhará o trabalho em um projeto específico.

PIBIC/FIR, ano 2006/2008, no projeto "Cultura Informacional e Violência Sexual: Como os diferentes níveis de acesso à informação produzem uma violência diferenciada".

*Mariângela Soares Marques Pereira*

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE, Professora da Faculdade Integrada do Recife/FIR, Pesquisadora Coordenadora PIBIC/FIR, ano 2006/2008, no projeto "Cultura Informacional e Violência Sexual: Como os diferentes níveis de acesso à informação produzem uma violência diferenciada".

*Teodomiro Noronha Cardozo*

Juiz de Direito do Estado de Pernambuco, Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE, Professor da Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP, Pesquisador Coordenador Voluntário PIBIC/FIR, ano 2006/2008, no projeto "Cultura Informacional e Violência Sexual: Como os diferentes níveis de acesso à informação produzem uma violência diferenciada".

*Resumo:*

A tecnologia se desenvolve cada vez mais rápido e constantemente, junto com este movimento ininterrupto de evolução ocorrem os delitos informáticos, utilizando a rede mundial de computadores, para cometimento de ilícitos penais que necessitam serem enquadrados e reprimidos pelo sistema jurídico brasileiro vigente. A grande discussão, a respeito dos delitos que ocorrem na internet, em índices quantitativos cada vez maiores, é buscar indagar se existe a necessidade de uma legislação penal específica para estes ilícitos ou se o nosso Código Penal Pátrio está adequado a tutelar (pro-

teger) os bens jurídicos que são ameaçados. Existem duas correntes, uma enquadrando que o Código Penal é insuficiente para acompanhar os avanços sociais e a velocidade dos crimes cometidos na rede mundial, e o outro argumento, de pensamento oposto, é que ele é capaz de tutela os bens violados.

**Palavras-chave:** Crime; Internet; Legislação; Direito Penal; Informática.

"Assim como um operário trabalha com uma máquina sem se preocupar em saber como foi construída, ensinamos segundo as rotinas de um dos diferentes tipos existentes de positivismo jurídico, sem nos darmos o trabalho de verificar quanto valem essas rotinas."

VILLEY, 2003, p. 12.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. DIREITO PENAL INFORMÁTICO 3. QUESTÕES ATUAIS DOS CRIMES PRATICADOS NA INTERNET 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

A rede mundial de computadores está aberta a todas as pessoas que queiram nela entrar e participar, independente da intenção e do modo que dela venha se utilizar. Cada vez mais é propagada a idéia de interligar-se com outras pessoas pelo modo virtual, onde os que dela não participam são excluídos, até mesmo do mundo real. Tem-se a idéia da internet diminuir fronteiras entre países e pessoas. Assim, a interligação constante à rede mundial ocorre não só por questões financeiras e de mercado, mas também pessoais. Com efeito, a rede, como se chama, está

aberta a novos caminhos e “desbravadores”. Todavia, esses caminhos, navegados por diversos empreiteiros, mostram-nos cada vez mais a onda crescente de crimes, alguns verificados no mundo real e, outros, só percebíveis por meio da internet.

Sob esta motivação, aliada ao sentimento da sensação de impunidade dos que praticam crimes de diversas naturezas na internet, pensando na possibilidade de jamais serem descobertos, lançaremos uma breve visão sobre a possibilidade e a necessidade de termos uma Legislação Penal específica para tutelar os bens jurídicos agredidos por meio da rede mundial de computadores.

No aspecto metodológico utilizaremos o método hipotético-dedutivo, no qual “ele tem em comum com o método dedutivo o procedimento racional que transita do geral para o particular, e com o método indutivo, o procedimento experimental como sua condição fundante” (MEZZARROBA, 2004, p. 68), que nos possibilitará a busca de uma verificação científica mais adequada para com a pesquisa tratada. A visão geral estará baseada no Código Penal brasileiro de 1940, ora em vigor, e os atuais acontecimentos sociais; na visão particular, de ilícitos jurídicos que têm como meio ou fim a rede mundial de computadores, cujo desenvolvimento se efetivará com levantamento doutrinário e pesquisa empírica, sendo empregados, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica por meio da utilização de obras nacionais, artigos em revistas científicas, e a pesquisa empírica será realizada nos julgados dos tribunais, principalmente no Estado de Pernambuco.

## 2 DIREITO PENAL INFORMÁTICO

Fazemos parte de uma sociedade que busca ter e deter informações, como forma diferenciadora entre elas e conservar o seu poder. Por isso “quanto maior o grau de informação e as melhorias nas condições tecnológicas para a sua obtenção, maior o poder desta sociedade em relação às que não gozam do mesmo privilégio” (SILVA, 2003, p. 25). Em face a esta afirmativa, o computador e a internet vêm se desenvolvendo de forma crescente desde o momento da sua criação (PIMENTEL, 2006, p. 12 e 20), tendo como base do seu desenvolvimento incentivo governamentais para tanto.

Esta busca por informações e melhores condições tecnológicas incentiva, de forma direta, o uso de inovações tecnológicas, que começaram a surgir na década de 40, como o computador, e se estenderam na década de 60, do século passado, com o advento da internet.

O uso do computador se fecundou no período da 2ª Guerra Mundial, por questões de controle bélico, e a internet surgiu no intuito de interligar as universidades e conseqüentemente, também, os centros militares. Conforme Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, “Muitas vezes se diz que informação é poder. Os delinqüentes da computação ampliaram esse conceito para estabelecer que informação é poder, riqueza e arma.” (GAGLIARDI *apud* SILVA, 2003, p. 34).

No momento em que os meios tecnológicos se difundem em massa, passando a se popularizar no século XX, nas décadas de 80 e 90 (no Brasil ocorreu a difusão na última década do século passado) passou-se a detectar o desenvolvimento e, conseqüentemente, o crescimento de ilícitos jurídicos por meio de uso do computador. Vale ressaltar que na

década de 60, século XX, teve a presença dos primeiros casos de conduta criminoso, sendo, de início observado como crime econômico (SILVA, 2003, p. 19).

O computador e a internet cada vez mais se popularizaram mundialmente. Diversos são os meios para a sua utilização: negócios, empreendimentos, estudos e outras ferramentas. Porém, nem todos que a utilizam o fazem de forma lícita, mas sim com intuito de cometer danos a terceiros, para a sua satisfação ou obtenção de privilégios (financeiros e ou de informações) para si ou terceiros. Na visão de Paulo M. F. Lima,

Assim, com essa nova intensificação do relacionamento humano pela *Internet*, com a produção em série dos computadores [...] da expansão do comércio eletrônico e das relações financeiras e bancárias, ocorre um uso indiscriminado e quase mundial dessa tecnologia, favorecendo em todos os aspectos novas relações e modificando também as antigas, trazendo também, por óbvio, novas condutas ilícitas. (LIMA, 2005, p. 04).

### 3 QUESTÕES ATUAIS DOS CRIMES PRATICADOS NA INTERNET

Antes de adentrarmos especificamente no que vem a ser crimes praticados na internet e fazermos uma análise de suas questões atuais, mister tecer considerações, ainda que sucintamente, sobre o conceito de crime.

Pautados numa concepção finalista, podemos afirmar que crime é fato típico, antijurídico e culpável. Sendo a tipicidade entendida como uma relação de adequação da conduta humana ao tipo penal; a antijuridicidade, no seu

substrato, a contrariedade da ação humana com a norma penal (BRANDÃO, 2002, p. 120); e a culpabilidade como o fundamento último e também medida da responsabilidade penal, compreendida como uma reprovação que se faz a uma pessoa por ter podido atuar de modo distinto daquele como realmente atuou (CONDE, 1988, p.125).

No que tange a tipicidade de delitos praticados na internet, percebe-se um volume crescente de informações noticiadas na imprensa, seja escrita ou televisiva, tendo como finalidade ferir diversos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal pátrio, sejam estes tipificados no Código Penal brasileiro ou na legislação penal extravagante.

Para termos uma noção, se fizermos uma simples busca, com a ajuda de sites de procura na *web*, colocando a palavra-chave “crime na internet”, nos aparecerá mais de 8.420.000 *links*. Estes números foram retirados na busca realizada no site do Portal Terra (<http://buscador.terra.com.br/Default.aspx?ca=s&palavra=crime+na+internet&query=crime+na+internet&source=Search>, acessado em 28 de maio de 2007). É importante notar que dentre os *links* mostrados com a busca, aparecem, também, ilícitos penais praticados em outros países do mundo e que tiveram notória publicidade. É válido salientar que cada país tem seu código penal e que os mesmos podem ter ou não uma legislação penal específica para crimes informáticos; a aplicação da sanção nos delitos informáticos internacionais fica ligada ao local em que o bem tutelado foi atingido e a acordos bilaterais entre as Nações.

Executando este mesmo tipo de busca, utilizando à mesma palavra-chave “crimes na internet”, fizemos à pesquisa no site do Jornal do Commercio ([www.jc.com.br](http://www.jc.com.br)), para que

desta forma pudéssemos ter uma visão do conteúdo que a imprensa escrita em Pernambuco está noticiando e encontramos mais de 300 informações.

Para ficarmos ciente dos crimes que estão sendo realizados e, posteriormente, noticiados na imprensa, temos como exemplo os crimes contra a honra e o estelionato. Para mostrarmos com proveito o que foi mencionado, tomaremos as seguintes informações comunicadas em jornais de grande circulação no Estado de Pernambuco neste primeiro semestre deste ano de 2007:

- No dia 08 de abril deste ano, foi noticiada no Jornal Diário de Pernambuco, uma reportagem com a seguinte manchete "Linchamento on-line", que retrata crimes de injúria, difamação e calúnia, além de danos morais, ocorridos pela site de relacionamento Orkut. (MARINHO, 2007).

- Já no dia 12 do mesmo mês e ano, no site do Jornal do Commercio, relatou a prisão, executada pela Polícia Federal, de uma quadrilha que agia no Rio Grande do Sul, em diversas cidades do Estado, presa por furtar dinheiro utilizando senhas bancárias de correntistas que utilizavam a rede mundial de computadores para ter acesso aos seus dados financeiros nas suas agências bancária virtuais. (JORNAL DO COMMERCIO, maio/2007).

- Em 11 de abril, também do mesmo ano, o mesmo site do Jornal do Commercio publica a notícia "Jovens tramam homicídio pela internet", fato este passado no Distrito Federal, no qual jovens planejavam o assassinato de outro garoto em conversas realizadas pela web. (JORNAL DO COMMERCIO, abril/ 2007).

O que observamos com isso, além da crescente publicidade que está ocorrendo, é que são crimes que atingem um bem jurídico no mundo real, utilizando a internet como meio ou fim da sua execução. De acordo com Túlio Vianna, os crimes que acontecem na internet já estão "perfeitamente tipificados, bastando que se dê aos velhos tipos a sua correta e atualizada interpretação jurisdicional." (VIANNA, 2000). E acrescenta que o que é preciso é prevenção e combate os crimes pela Internet de forma efetiva e repressiva.

Assim sendo temos diante das nossas mãos e dos nossos olhares os crimes informáticos ou delitos informáticos, onde podemos tipificá-los utilizando o Código Penal vigente e suas leis extravagantes. Vale ressaltar que adotamos esta nomenclatura ao longo do avanço dos nossos estudos e, principalmente, baseada nos textos de Túlio Lima Vianna, onde podemos observar nitidamente esta descrição em seu livro 'Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais', da editora Forense, ano 2003.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante do breve exposto, podemos notar que temos enquadramentos penais para os crimes informáticos na nossa legislação penal vigente. Com isso, é possível afirmar que "Deve-se reconhecer a necessidade de uma adequação jurídica à realidade trazida pela informática" (SILVA, 2003, p. 42), utilizando os meios que temos para a execução dos trabalhos penais.

Vale esclarecer - mesmo diante da afirmativa que o Código Penal tutela os bens penais atingidos nos crimes informáticos - que temos tramitando no Senado o Projeto de Lei n. 84 de 1999, de autoria do então Deputado Federal

desta forma pudéssemos ter uma visão do conteúdo que a imprensa escrita em Pernambuco está noticiando e encontramos mais de 300 informações.

Para ficarmos ciente dos crimes que estão sendo realizados e, posteriormente, noticiados na imprensa, temos como exemplo os crimes contra a honra e o estelionato. Para mostrarmos com proveito o que foi mencionado, tomaremos as seguintes informações comunicadas em jornais de grande circulação no Estado de Pernambuco neste primeiro semestre deste ano de 2007:

- No dia 08 de abril deste ano, foi noticiada no Jornal Diário de Pernambuco, uma reportagem com a seguinte manchete "Linchamento on-line", que retrata crimes de injúria, difamação e calúnia, além de danos morais, ocorridos pela site de relacionamento Orkut. (MARINHO, 2007).

- Já no dia 12 do mesmo mês e ano, no site do Jornal do Commercio, relatou a prisão, executada pela Polícia Federal, de uma quadrilha que agia no Rio Grande do Sul, em diversas cidades do Estado, presa por furtar dinheiro utilizando senhas bancárias de correntistas que utilizavam a rede mundial de computadores para ter acesso aos seus dados financeiros nas suas agências bancária virtuais. (JORNAL DO COMMERCIO, maio/2007).

- Em 11 de abril, também do mesmo ano, o mesmo site do Jornal do Commercio publica a notícia "Jovens tramam homicídio pela internet", fato este passado no Distrito Federal, no qual jovens planejavam o assassinato de outro garoto em conversas realizadas pela web. (JORNAL DO COMMERCIO, abril/ 2007).

O que observamos com isso, além da crescente publicidade que está ocorrendo, é que são crimes que atingem um bem jurídico no mundo real, utilizando a internet como meio ou fim da sua execução. De acordo com Túlio Vianna, os crimes que acontecem na internet já estão "perfeitamente tipificados, bastando que se dê aos velhos tipos a sua correta e atualizada interpretação jurisdicional." (VIANNA, 2000). E acrescenta que o que é preciso é prevenção e combate os crimes pela Internet de forma efetiva e repressiva.

Assim sendo temos diante das nossas mãos e dos nossos olhares os crimes informáticos ou delitos informáticos, onde podemos tipificá-los utilizando o Código Penal vigente e suas leis extravagantes. Vale ressaltar que adotamos esta nomenclatura ao longo do avanço dos nossos estudos e, principalmente, baseada nos textos de Túlio Lima Vianna, onde podemos observar nitidamente esta descrição em seu livro 'Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais', da editora Forense, ano 2003.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante do breve exposto, podemos notar que temos enquadramentos penais para os crimes informáticos na nossa legislação penal vigente. Com isso, é possível afirmar que "Deve-se reconhecer a necessidade de uma adequação jurídica à realidade trazida pela informática" (SILVA, 2003, p. 42), utilizando os meios que temos para a execução dos trabalhos penais.

Vale esclarecer - mesmo diante da afirmativa que o Código Penal tutela os bens penais atingidos nos crimes informáticos - que temos tramitando no Senado o Projeto de Lei n. 84 de 1999, de autoria do então Deputado Federal



desta forma pudéssemos ter uma visão do conteúdo que a imprensa escrita em Pernambuco está noticiando e encontramos mais de 300 informações.

Para ficarmos ciente dos crimes que estão sendo realizados e, posteriormente, noticiados na imprensa, temos como exemplo os crimes contra a honra e o estelionato. Para mostrarmos com proveito o que foi mencionado, tomaremos as seguintes informações comunicadas em jornais de grande circulação no Estado de Pernambuco neste primeiro semestre deste ano de 2007:

- No dia 08 de abril deste ano, foi noticiada no Jornal Diário de Pernambuco, uma reportagem com a seguinte manchete "Linchamento on-line", que retrata crimes de injúria, difamação e calúnia, além de danos morais, ocorridos pela site de relacionamento Orkut. (MARINHO, 2007).

- Já no dia 12 do mesmo mês e ano, no site do Jornal do Commercio, relatou a prisão, executada pela Polícia Federal, de uma quadrilha que agia no Rio Grande do Sul, em diversas cidades do Estado, presa por furtar dinheiro utilizando senhas bancárias de correntistas que utilizavam a rede mundial de computadores para ter acesso aos seus dados financeiros nas suas agências bancária virtuais. (JORNAL DO COMMERCIO, maio/2007).

- Em 11 de abril, também do mesmo ano, o mesmo site do Jornal do Commercio publica a notícia "Jovens tramam homicídio pela internet", fato este passado no Distrito Federal, no qual jovens planejavam o assassinato de outro garoto em conversas realizadas pela web. (JORNAL DO COMMERCIO, abril/ 2007).

O que observamos com isso, além da crescente publicidade que está ocorrendo, é que são crimes que atingem um bem jurídico no mundo real, utilizando a internet como meio ou fim da sua execução. De acordo com Túlio Vianna, os crimes que acontecem na internet já estão "perfeitamente tipificados, bastando que se dê aos velhos tipos a sua correta e atualizada interpretação jurisdicional." (VIANNA, 2000). E acrescenta que o que é preciso é prevenção e combate os crimes pela Internet de forma efetiva e repressiva.

Assim sendo temos diante das nossas mãos e dos nossos olhares os crimes informáticos ou delitos informáticos, onde podemos tipificá-los utilizando o Código Penal vigente e suas leis extravagantes. Vale ressaltar que adotamos esta nomenclatura ao longo do avanço dos nossos estudos e, principalmente, baseada nos textos de Túlio Lima Vianna, onde podemos observar nitidamente esta descrição em seu livro 'Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais', da editora Forense, ano 2003.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante do breve exposto, podemos notar que temos enquadramentos penais para os crimes informáticos na nossa legislação penal vigente. Com isso, é possível afirmar que "Deve-se reconhecer a necessidade de uma adequação jurídica à realidade trazida pela informática" (SILVA, 2003, p. 42), utilizando os meios que temos para a execução dos trabalhos penais.

Vale esclarecer - mesmo diante da afirmativa que o Código Penal tutela os bens penais atingidos nos crimes informáticos - que temos tramitando no Senado o Projeto de Lei n. 84 de 1999, de autoria do então Deputado Federal

Luiz Piauhyllino, que ainda se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ, com o Relator Senador Eduardo Azeredo. Ainda, o Projeto de Lei já passou por diversas modificações onde, por diversas vezes, o seu conteúdo original foi alterado, acarretando, assim, a redução dos artigos primordialmente introduzidos.

Estamos tratando de crimes que tem várias fases, que pode ser executado tanto por pessoas que detêm alto conhecimento informático quanto por pessoas comuns que usam o aparelhamento computacional e a internet para cometerem atos ilícitos. De acordo com Mirian Cristina Crispin,

Atualmente, o homem comum é o criminoso cibernético. Seu perfil tanto pode corresponder ao de alguém que muito sabe sobre informática ou, pelo contrário, saber apenas o suficiente para a prática de determinados delitos através do uso do computador. (CRISPIN, 2007, p. 03).

Assim, estamos diante de uma situação em que qualquer pessoa pode cometer crime informático, mas, mesmo diante do crescimento desses ilícitos, a nossa tutela penal vigente tipifica estes atos e os enquadra. Seguindo esta linha de pensamento, de acordo com Vicente Greco Filho,

A Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo Direito, especialmente o Penal. Evoluir, sim, mas sem querer "correr atrás", sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea idéia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação. (GRECO FILHO *apud* CRISPIN, 2007, p. 06).

Podemos notar para confirmar esta nossa conclusão a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no dia 20 de julho de 2007, que negou *habeas corpus*, HC-91769<sup>2</sup>, a um comerciante preso preventivamente por prática de furto qualificado na internet. Assim, foi utilizada a legislação em vigência para tipificar e processar o ato ilícito.

Assim sendo, utilizando o ajuste jurídico de acordo com a realidade empregada (SILVA, 2003, p. 42) nos crimes informáticos estamos munidos de subsídios para enquadramento de diversos ilícitos penais acometidos. Lógico que existem falhas de tipificação e de aplicação de penas que merecem ser corrigidas, mas o nosso Código Penal, datado de 1940 e que sofreu transformações ao longo da sua vigência, é capaz de proteger os bens (materiais e pessoais) atingidos nos crimes informáticos.

## 5 REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>2</sup> Mediante a questão posta, é salutar colocarmos um trecho da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie no caso exposto "Colho dos autos que o paciente foi denunciado "pela suposta prática do crime de furto qualificado, pois seria integrante de grupo organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, a partir da utilização de programa de computador denominado TROJAN. Em exame inicial, não vislumbro a presença do requisito do *fumus boni iuris*, necessário para a concessão da tutela pleiteada. Com efeito, a decisão de primeira instância (fls. 172-213), que decretou a prisão cautelar do paciente, bem como o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, se encontram motivados, apontando as razões de seu convencimento e a necessidade de manutenção da custódia preventiva do ora paciente, as quais, por ora, servem para afastar a plausibilidade jurídica das teses sustentadas na inicial, referentes à ilegalidade da prisão."

.....  
\_\_\_\_\_. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. Ciências Penais. **Revista da associação brasileira de professores de ciências penais**, v. 1. a. 1, p.178, jul./dez. 2004.

CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito**. Trad. de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Fabris Editor, 1988

CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. **Crimes praticados pela internet e crimes informáticos**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em : 02 jul. 2007.

JORNAL DO COMMERCIO, Recife, 11 abr. 2007. Disponível em <[http://jc.uol.com.br/jornal/2007/04/11/not\\_227274.php](http://jc.uol.com.br/jornal/2007/04/11/not_227274.php)>. Acesso em: 27 maio 2007.

JORNAL DO COMMERCIO, Recife, 12 maio 2007. Disponível em :<[http://jc.uol.com.br/jornal/2007/05/12/not\\_231349.php](http://jc.uol.com.br/jornal/2007/05/12/not_231349.php)>. Acesso em: 27 maio 2007.

LIMA, Paulo Marco Ferreira Lima. **Crimes de computador e segurança computacional**. São Paulo: Millennium Editora, 2005.

MARINHO, Thiago. Linchamento on-line. **Diário de Pernambuco**, Recife, 08 abr. 2007, Caderno Vida Urbana, C5.

MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

.....  
SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito Penal e Sistema Informático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TERRA. Disponível em : <<http://buscador.terra.com.br/Default.aspx?ca=s&palavra=crime+na+internet&query=crime+na+internet&source=Search>>. Acesso em : 28 maio 2007.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Dos Crimes pela Internet. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, a. 5, v. 9, p. 367-385, 2000. Disponível em: <<http://tuliovianna.vilabol.uol.com.br/textos.html>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito, os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.12.

# O (PSEUDO) CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ESTATUÍDO PELA EC Nº 45/2004

*Leonardo Sales de Aguiar*

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogado. Pós-Graduando em Direito Público (Curso Preparatório à Magistratura) pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Ex-pesquisador bolsista do PIBIC/UNICAP.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A ORIGEM DO CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO. 2 A REFORMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O SURGIMENTO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 3 DA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Diante das vastas denúncias de corrupção que nos últimos anos vêm assolando a Administração Pública brasileira, inclusive a Judiciária, passou-se a exigir no ordenamento jurídico pátrio a inclusão de um órgão capaz de controlar a atuação jurisdicional.

Assim, no início da década de 90, é proposta reforma constitucional que criaria um suposto controle externo do

Poder Judiciário. Após longos debates e resistências, tanto nas duas casas do parlamento nacional, quanto na mídia e em associações profissionais, vem a ser incluído o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no art. 92, inciso I-A, da CF/88.

Lançado pela mídia como responsável pelo controle externo do Judiciário, e aderido por alguns doutrinadores, o CNJ ficou responsável pela fiscalização administrativa e financeira dos tribunais e disciplinar dos magistrados brasileiros.

Com o seu advento, o Conselho passou a investir intensamente na transparência do orçamento do Judiciário, bem como da sua atuação administrativa. Ainda, vem procurando minimizar a impunidade de magistrados que atuam de forma arbitrária e ilegal, sustentada pelo corporativismo que envolve os órgãos deste poderoso Judiciário.

Assim, pretende-se, com este trabalho, oferecer um panorama geral do Conselho Nacional de Justiça e suscitar, se não debater, acerca da sua constitucionalidade e da sua real atuação: controlar externa ou internamente o Judiciário pátrio? Vejamos a seguir.

## 1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A ORIGEM DO “CONTROLE EXTERNO” DO JUDICIÁRIO

A partir da Antigüidade Clássica, com a obra “Política”<sup>1</sup>, de Aristóteles, passou-se a esboçar três funções essenciais do Estado, quais sejam, a de criar leis, a de julgar conforme as leis e a de executá-las. Na época pretérita, muitos de seus comandantes concentravam todas essas atribuições e as desem-

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

penhavam com onipotência, como ocorria no Egito antigo, com os faraós.<sup>2</sup>

Aos poucos, e em decorrência da teoria da tripartição dos Poderes, defendida na obra clássica de *Charles Montesquieu* (“O Espírito das Leis”, em 1748)<sup>3</sup>, o poder estatal deixou de ser exercido de forma singular, e caminhou no sentido de se reconhecer a necessidade de subdividir a atuação estatal em legislativa, judiciária e executiva.<sup>4</sup> A essas funções estatais, reconhecidas no funcionamento normal do Estado, deu-se o nome de Poderes constituídos.<sup>5</sup>

Consagrada no movimento das ex-colônias inglesas da América, a tripartição dos Poderes veio a se concretizar definitivamente com a Constituição dos Estados Unidos da América, no ano de 1787. Em seguida, através da Revolução Francesa, converteu-se num dogma constitucional e passou a constar, inclusive, no art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>6</sup>

No Brasil Império do século XIX, desde o surgimento da “Constituição Política do Império do *Brazil*”<sup>7</sup>, em seu art. 10º, já se reconhecia a instituição desses três poderes, os quais,

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 373.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>4</sup> ALVES, Ricardo Luiz. *Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 17 set. 2007.

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 7.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição (1824)*. *Constituição Política do Império do Brazil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 17 set. 2007.

apesar de subordinados ao Poder Moderador (que seria um quarto Poder e exercido, na época, pelo Imperador Dom Pedro I), eram harmônicos entre si.

Mais adiante, a “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (CF/88)<sup>8</sup>, em observância do Estado Democrático de Direito, determinou, em seu art. 2º, como cláusula pétrea<sup>9</sup>, a tripartição dos poderes estatais, prevendo, inclusive, a harmonia e independência entre eles.

No entanto, apesar de independentes, os Poderes estatais se sujeitam à fiscalização recíproca, realizada com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas.<sup>10</sup> Por oportuno, esclareça-se que essa fiscalização<sup>11</sup>, indubitavelmente, não representa desrespeito à teoria tripartite dos Poderes da República, mas, mero controle estatal, sobretudo acerca da utilização e aplicação dos recursos públicos. A própria Constituição Federal, no momento em que estatuiu a tripartição dos Poderes, asseverou a existência de um sistema político de freios e contrapesos (*checks and balances*)<sup>12</sup>, através do qual se garantiu a independência dos poderes no exercício das funções típicas, atribuindo-lhes outras funções de controle recíproco (v. g., arts. 66, § 4º, e 84, inciso V), almejando o equilíbrio dinâmico entre eles.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). *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: 17 set. 2007.

<sup>9</sup> Vide: art. 60, § 4º, inciso III, da CF/88.

<sup>10</sup> Vide: arts. 31 e 70, da CF/88.

<sup>11</sup> Também chamado de sistema político de freios e contrapesos (*checks and balances*). Vide: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 110.

<sup>12</sup> Acerca do sistema *checks and balances*, vide: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 461-463.

<sup>13</sup> FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. *Revista de Direito Militar*, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006. p. 17.

Atendendo a necessidade sociopolítica de se criar um órgão nacional de controle das atividades do Poder Judiciário, bem como motivado pelos escândalos de corrupção no país que assolaram a classes dos magistrados e suas atuações ilegais ou arbitrárias, em dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45<sup>14</sup>, chamada de “Reforma do Judiciário”, que incluiu o art. 103-B, na CF/88. Com isso, criou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão integrante do Poder Judiciário, situado logo abaixo do STF (art. 92, inciso I-A, da CF/88), que, doutrinariamente, ficou conhecido como o executor do “controle externo” do Judiciário brasileiro.

## 2 A REFORMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O SURGIMENTO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: CONTROLE EXTERNO OU INTERNO?

Em 26/03/1992, o ex-Deputado Federal Hélio Bicudo (PT/SP) apresentou ao plenário da Câmara dos Deputados a PEC nº 96/1992<sup>15</sup>, que almejava introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário e, assim, essa mutação constitu-

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2). Acesso em: 17 set. 2007.

<sup>15</sup> BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 96/1992, de 26 de março de 1992. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. NOVA EMENTA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. PEC nº 96/1992. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop\\_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1992&Numero=96&sigla=PEC](http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1992&Numero=96&sigla=PEC). Acesso em: 18 set. 2007.

cional foi intitulada de “Reforma do Judiciário”. No Senado Federal, a PEC do Judiciário recebeu a numeração 29/2000, e teve como seu relator o Senador Bernardo Cabral.

Após doze anos de tramitação nas duas casas do Congresso Nacional e muita resistência dos magistrados, em 30/12/2004, a dita PEC foi convertida na Emenda Constitucional nº 45, visando a “atender aos reclamos sociais, transformando realmente o Poder Judiciário, de modo a possibilitar que esse cumpra sua finalidade de distribuir justiça”<sup>16</sup>. Ademais, a realidade fática do país passou a mostrar que o autogoverno dos Tribunais brasileiros, ante à ausência de um órgão fiscalizador que fosse responsável pelo seus controles administrativos, financeiros e disciplinares, é ineficiente a sustentar o funcionamento adequado do Poder Judiciário pátrio, conseqüência inerente a qualquer Estado Democrático de Direito.<sup>17</sup>

Assim, com a promulgação da dita mudança constitucional, o constituinte reformador inseriu o polêmico Conselho Nacional de Justiça como órgão integrante do Poder Judiciário pátrio (art. 92, inciso I-A, da CF/88). Pronunciado-se acerca do questionado surgimento, Jansen Madeira e José Maria Madeira, esclareceram:

A questão da criação do Conselho Nacional de Justiça pressupõe, de fato, muitas controvérsias, se levadas em consideração as opiniões provenientes não apenas de membros do próprio Poder Judiciário, mas também de toda a

<sup>16</sup> CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. Reforma do Judiciário: tribunal constitucional e Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, a. 41, p. 367-381, out./dez. 2004.

<sup>17</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. Órgão Especial. O Conselho Nacional de Justiça e os Predicamentos da Magistratura. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 150.

sociedade que interage com este Poder, como cidadão comum, que protagoniza a maioria das ações em trâmite. Desta feita, há quem concorde com um efetivo controle do Poder Judiciário, não obstante a autonomia de seus membros, desde que este controle contribua para a construção de um Poder mais justo e eficiente.<sup>18</sup>

Responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, o CNJ seria composto por quinze (15) membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, cujo mandato seria de dois anos, admitida uma recondução. Sua instalação se daria no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada em até trinta dias antes do termo final (art. 5º, da EC nº 45/04). Mister salientar que a fiscalização atribuída ao Conselho se refere unicamente à esfera administrativa, financeira e disciplinar do Judiciário, jamais lhe competindo qualquer ingerência na sua atividade judicante.<sup>19</sup>

Suscitando grande celeuma no sistema jurídico nacional a despeito da sua constitucionalidade ou não, isto é, acerca de seu choque ou não com a tripartição dos Poderes<sup>20</sup> (art.

<sup>18</sup> MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Aspectos relevantes da Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 208-233, 2005.

<sup>19</sup> BRITO JÚNIOR, William de Almeida. Conselho Nacional de Justiça: uma tentativa de se efetivar o controle externo da atividade administrativa do Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5968>>. Acesso em: 19 set. 2007.

<sup>20</sup> FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. *Revista de Direito Militar*, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006.

2º, da CF/88), o CNJ foi efetivamente criado em 14/06/2005, nos termos do art. 103-B, da CF/88, com a seguinte composição: I - um Ministro do STF, indicado pelo respectivo tribunal; II - um Ministro do STJ, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do TST, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de TJ, indicado pelo STF; V - um juiz estadual, indicado pelo STF; VI - um juiz de TRF, indicado pelo STJ; VII - um juiz federal, indicado pelo STJ; VIII - um juiz de TRT, indicado pelo TST; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo TST; X - um membro do MPU, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do MP estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Ainda, com fito de zelar pelo cumprimento eficaz das atribuições constitucionais, o constituinte reformador determinou que, junto ao CNJ, oficiassem o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cumpre-nos ressaltar que, diante dessa composição, não há que se falar em “controle externo do judiciário” realizado pelo CNJ, visto que, dos seus quinze membros oficiais, nove são integrantes da própria magistratura nacional. Além disso, os atos por ele praticados poderão ser, a qualquer momento, revistos pelo STF via mandado de segurança, consoante previsto no art. 102, inciso I, letra “r”, da CF/88. É, pois, um órgão fundamental no cumprimento dos princípios que regem a Administração judiciária brasileira (notadamente a legalidade, moralidade e impessoalidade)<sup>21</sup>, porém, jamais um

<sup>21</sup> LEITE, George Salomão. Do Conselho Nacional de Justiça. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 219-220.

executor do controle externo judicante. E mais, o parágrafo único, do art. 1º, CF/88, ao ressaltar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, determina a prevalência da soberania popular em detrimento do eventual Poder soberano e intocável que viesse a ser o Judiciário brasileiro. Nesse sentido, entende-se que o “controle destas instituições é perfeitamente adequado a um Estado Constitucional fundado na soberania popular e, no nosso caso, não foi criado nenhum controle externo real”<sup>22</sup>. Portanto, em consonância se encontra com o sistema tripartite e seu conseqüente *checks and balances*.

Vejamos como assevera Maria Auxiliadora Castro e Camargo:

Assim, ainda que os debates continuem referindo-se ao dito controle como “controle externo”, esse [...] de “externo” já não leva nem mesmo o nome; isso é perfeitamente compreensível, vez que o controle que vier a ser exercido por um órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, composto - na maioria - por seus próprios membros, na verdade deve pertencer ao próprio Judiciário, mesmo que alguns continuem insistindo em denominá-lo “externo”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> BERCOVICI, Gilberto. Controle Externo do Judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 190.

<sup>23</sup> CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. Reforma do Judiciário: tribunal constitucional e Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, a. 41, p. 367-381, out./dez. 2004..



2º, da CF/88), o CNJ foi efetivamente criado em 14/06/2005, nos termos do art. 103-B, da CF/88, com a seguinte composição: I - um Ministro do STF, indicado pelo respectivo tribunal; II - um Ministro do STJ, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do TST, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de TJ, indicado pelo STF; V - um juiz estadual, indicado pelo STF; VI - um juiz de TRF, indicado pelo STJ; VII - um juiz federal, indicado pelo STJ; VIII - um juiz de TRT, indicado pelo TST; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo TST; X - um membro do MPU, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do MP estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Ainda, com fito de zelar pelo cumprimento eficaz das atribuições constitucionais, o constituinte reformador determinou que, junto ao CNJ, oficiassem o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cumpre-nos ressaltar que, diante dessa composição, não há que se falar em “controle externo do judiciário” realizado pelo CNJ, visto que, dos seus quinze membros oficiais, nove são integrantes da própria magistratura nacional. Além disso, os atos por ele praticados poderão ser, a qualquer momento, revistos pelo STF via mandado de segurança, consoante previsto no art. 102, inciso I, letra “r”, da CF/88. É, pois, um órgão fundamental no cumprimento dos princípios que regem a Administração judiciária brasileira (notadamente a legalidade, moralidade e impessoalidade)<sup>21</sup>, porém, jamais um

<sup>21</sup> LEITE, George Salomão. Do Conselho Nacional de Justiça. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 219-220.

executor do controle externo judicante. E mais, o parágrafo único, do art. 1º, CF/88, ao ressaltar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, determina a prevalência da soberania popular em detrimento do eventual Poder soberano e intocável que viesse a ser o Judiciário brasileiro. Nesse sentido, entende-se que o “controle destas instituições é perfeitamente adequado a um Estado Constitucional fundado na soberania popular e, no nosso caso, não foi criado nenhum controle externo real”<sup>22</sup>. Portanto, em consonância se encontra com o sistema tripartite e seu conseqüente *checks and balances*.

Vejamos como assevera Maria Auxiliadora Castro e Camargo:

Assim, ainda que os debates continuem referindo-se ao dito controle como “controle externo”, esse [...] de “externo” já não leva nem mesmo o nome; isso é perfeitamente compreensível, vez que o controle que vier a ser exercido por um órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, composto - na maioria - por seus próprios membros, na verdade deve pertencer ao próprio Judiciário, mesmo que alguns continuem insistindo em denominá-lo “externo”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> BERCOVICI, Gilberto. Controle Externo do Judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 190.

<sup>23</sup> CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. Reforma do Judiciário: tribunal constitucional e Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, a. 41, p. 367-381, out./dez. 2004..

Osmar Machado Fernandes, por seu turno, esclarece que:

[...] os atos desses Conselhos podem ser revistos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a regra introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no art. 102, inciso I, letra "r", CF. Isso demonstra que o controle através dos referidos Conselhos (CNJ e CNMP) caracteriza-se por ser de âmbito **interno**, mas qualificado pela participação de membros de entidades afins, mas alheios aos órgãos controlados.<sup>24</sup> (grifo nosso)

Contrapondo-se à existência desse Conselho, Alexandre de Moraes defende ser "necessária a reestruturação, porém, inadmissível qualquer forma de intervenção na autonomia financeira, administrativa e funcional do Poder Judiciário, bem como nas garantias de independência e imparcialidade de seus membros [...]"<sup>25</sup>. O mesmo autor, que integrou o CNJ no biênio 2005-2007, em outra obra, asseverou:

Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado - Congresso Nacional - conceber a tarefa de criação de um verdadeiro Quarto Poder, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembléia Nacional Constituinte? Cremos que não, sob pena de grave ferimento à uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes. A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-

<sup>24</sup> FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. *Revista de Direito Militar*, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006. p. 14.

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 468-469.

lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal, configurando-se em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições estatais, e, em consequência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados.<sup>26</sup>

De forma análoga, a professora Ivana Mussi Gabriel resalta que:

[...] a criação do Conselho de Justiça acaba também por violar o princípio da segurança jurídica, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que busca promover e proteger os valores fundamentais da sociedade, através da edição e boa aplicação das leis, tornando segura a vida das pessoas e das instituições contra surpresas nas relações jurídicas e os abusos de poder. Ora, a instituição do órgão de controle externo fere princípios constitucionais do Poder Judiciário, o que macula a imagem da justiça e, portanto, da segurança na prestação jurisdicional.<sup>27</sup>

No entanto, como dito alhures, entendemos ser extremamente plausível e coerente a corrente que defende a constitucionalidade do Conselho<sup>28</sup> - por não ferir a indepen-

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. Controle externo do Poder Judiciário: inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, nº 140, p. 59-64, out./dez. 1998. p. 62.

<sup>27</sup> GABRIEL, Ivana Mussi. O controle externo na Justiça Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 519, 8 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6032>>. Acesso em: 21 set. 2007.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente admi-

dência e harmonia dos Poderes estatais<sup>29</sup> – posto que se encontra constitucionalmente localizado como órgão integrante do Poder Judiciário e composto predominantemente de magistrados. É, pois, um órgão interno do próprio Poder Judiciário, e não, como disse o ex-Conselheiro Alexandre de Moraes: um quarto Poder, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República.

Além disso, sua função é meramente fiscalizatória da atividade administrativa, financeira e disciplinar dos magistrados, não interferindo, pois, na função jurisdicional do Judiciário pátrio. Assim, não há que se falar em descumprimento da tripartição dos poderes e, com isso, em inconstitucionalidade. Plenamente constitucional, portanto, é o CNJ, como asseverou o Min. Cezar Peluso, no julgamento da ADIn nº 3367/DF, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Por outro lado, o verdadeiro “controle externo do judiciário” que tanto se fala, já vem sendo desempenhado, com amparo no sistema *checks and balances*, com auxílio do Tribu-

nistrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. [...] Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional [...]. ADIn nº 3367/DF. REQTE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB. REQDO.: CONGRESSO NACIONAL. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Data do julgamento: 13/04/2005. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3367.NUME.+E+\\$ADIS.SCLA.&base=baseAcordaos#](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3367.NUME.+E+$ADIS.SCLA.&base=baseAcordaos#). Acesso em: 19 set. 2007.

<sup>29</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 448.

nal de Contas, pelo Legislativo – na fiscalização contábil dos órgãos jurisdicionais – e pelo Executivo, ao indicar os membros do STF e dos demais tribunais superiores<sup>30</sup>. Inexoravelmente, essas são algumas das verdadeiras espécies de controle externo da atividade judicial brasileira; quanto ao CNJ, este apenas fiscaliza internamente a atividade administrativa e financeira do Judiciário, exercendo, ainda, o controle ético-disciplinar de seus membros.

O Conselho, hodiernamente presidido pela Ministra Ellen Gracie, que votará no caso de empate, ficando excluída da distribuição de processos naquele órgão, vem, desde sua criação, atuando de forma bastante intensa e eficaz no combate às ilegalidades praticadas por magistrados de todo país e, com isso, tornando a atividade jurisdicional mais eficiente, proba e célere.<sup>31</sup>

Em que pese a dúvida – que em alguns ainda paira – a respeito do CNJ realizar (ou não) o controle administrativo, financeiro e disciplinar do judiciário nacional, interessante ressaltar que este órgão é um dos poucos meios, quiçá o mais efetivo até agora, de se questionar e se socorrer das arbitrariedades e ilegalidades que muitos magistrados cometem no exercício da sua função judicante. Diverso, inclusive, não é o entendimento do docente e magistrado aposentado, José Soares Filho, ao ressaltar:

[...] considero que o Conselho Nacional de Justiça, assim como o Conselho Nacional do Ministério Público, pode-

<sup>30</sup> CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. *Revista Cidadania e Justiça*, Brasília, n. 10, a. 5, p. 51-60, jan./jun. 2001.

<sup>31</sup> BRITO JÚNIOR, William de Almeida. Conselho Nacional de Justiça: uma tentativa de se efetivar o controle externo da atividade administrativa do Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5968>>. Acesso em: 19 set. 2007.

ção prestar relevante serviço à justiça e contribuir para valorizar mais, perante à sociedade, os órgãos do Poder Judiciário e os do Ministério Público. Um e outro serão constituídos de pessoas bem representativas de toda a sociedade, o que lhes confere legitimidade, um caráter democrático e lhes assegura uma atuação transparente.<sup>32</sup>

Assim, por não afetar a independência do seu Poder controlado, o CNJ apresenta-se como um órgão extremamente benéfico ao Estado Democrático de Direito, possibilitando a oxigenação da estrutura burocrática do Judiciário e atendendo às críticas sociais quanto ao eventual corporativismo existente.<sup>33</sup>

De parabéns, portanto, a criação do CNJ e sua real atuação até então desempenhada.

### 3 DA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por fim, passemos, de forma sucinta, a delinear a competência do Conselho que tanto tem a lutar pela transparência da atuação jurisdicional do país.

O art. 103-B, § 4º, da CF/88, determina que compete ao Conselho, presidido pelo Ministro do STF, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judi-

<sup>32</sup> SOARES FILHO, José. Alguns aspectos da Reforma do Judiciário. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 28, p. 71-76, jan./mar. 2005. p. 75.

<sup>33</sup> FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. *Revista de Direito Militar*, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006.

ciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O Ministro do STJ, por sua vez, exercerá a função de Conselheiro-Corregedor e, assim, também ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal. Competir-lhe-á, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

No intuito de descentralizar a atuação do Conselho, o §7º, do art. 103-B, da CF/88, determinou a criação de ouvidorias de justiça, pela União, Distrito Federal e Territórios, a fim de receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao CNJ.

De fundamental importância, pois, passou a ser a existência deste órgão que certamente permanecerá buscando a transparência e moralidade do Judiciário brasileiro, sem relegar, obviamente, a independência daquele Poder.

## CONCLUSÕES

A partir de 2004, passou o Judiciário pátrio a ser “vigilado” por um órgão, integrante do próprio Poder, capaz de lhe controlar a atuação administrativa, financeira e disciplinar. Destarte, diante de sua localização constitucional (art. 92, inciso I-A), bem com de sua híbrida composição e de submissão de seus atos administrativos à apreciação do STF, não há, indubitavelmente, que se falar em controle externo. Trata-se, pois, de controle efetivamente interno das funções constitucionais, posto que eventual controle dos atos judiciais que viesse realizar o CNJ, incorreria em flagrante inconstitucionalidade, por ferir a tripartição dos Poderes constituídos.

Ademais, com o seu surgimento, o CNJ passou a fornecer à sociedade, de forma clara e objetiva, a real situação do Judiciário brasileiro, sobretudo nos aspectos quantitativos da atuação jurisdicional. Estatísticas dos mais diversos assuntos<sup>34</sup> nos mostram quão aquém se encontra o Poder judicante do país, no que concerne à legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade.

No entanto, ao menos com a atuação até então desenvolvida, o CNJ vem minimizando as pendências existentes na atuação jurisdicional - com vedações à prática de nepotismo, instituição de limites salariais de magistrados, observância da prestação jurisdicional ininterrupta, entre outras - e se empenhando, cada vez mais, em franquear para a sociedade brasileira o exame da “caixa preta” do Judiciário pátrio.

<sup>34</sup> Disponível no sítio do Conselho Nacional de Justiça: [http://monoceros.cnj.gov.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_numero\\_2005.pdf](http://monoceros.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf). Acesso em 18 set. 2007.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 448.
- AGUIAR, Leonardo Sales de. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 11/2006 do CNJ, ao tratar da matéria prevista no art. 93, I, da CF/88: uma análise acerca do momento de exigência do triênio de atividade jurídica para concurso de juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 945, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7912>>. Acesso em: 10 set. 2007.
- ALVES, Ricardo Luiz. Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 17 set. 2007.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. Controle Externo do Judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 185-191.
- BRITO JÚNIOR, William de Almeida. Conselho Nacional de Justiça: uma tentativa de se efetivar o controle externo da atividade administrativa do Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5968>>. Acesso em: 19 set. 2007.

- CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. **Revista Cidadania e Justiça**, Brasília, n. 10, ano 5, p. 51-60, jan./jun. 2001.
- CASTRO E CAMARGO, Maria Auxiliadora. Reforma do Judiciário: tribunal constitucional e Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 164, a. 41, p. 367-381, out./dez. 2004.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. Órgão Especial. O Conselho Nacional de Justiça e os Predicamentos da Magistratura. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 139-153.
- FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Ministério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. **Revista de Direito Militar**, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006.
- GABRIEL, Ivana Mussi. O controle externo na justiça constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 519, 8 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6032>>. Acesso em: 21 set. 2007.
- LEITE, George Salomão. Do Conselho Nacional de Justiça. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 210-227.
- MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Aspectos relevantes da Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 208-233, 2005.
- MORAES, Alexandre de. Controle externo do Poder Judiciário: inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 140, p. 59-64, out./dez. 1998.

.....  
 \_\_\_\_\_ . **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 373.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

SOARES FILHO, José. Alguns aspectos da Reforma do Judiciário. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 28, p. 71-76, jan./mar. 2005.

## CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

*Maria Carolina Peixoto Corrêa Lima*  
 Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal  
 e Processo Penal pela Escola Superior da  
 Magistratura de Pernambuco - ESMape

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: SONEGAÇÃO FISCAL - MACROCRIMINALIDADE DE ALCANCE TRANSINDIVIDUAL. 1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. 1.1 A atuação insuficiente do Estado na repressão à criminalidade tributária. 2 O INQUÉRITO POLICIAL. 2.1 A materialidade do Crime Tributário. 2.2 A investigação policial antes da decisão administrativa definitiva. 3 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO: SONEGAÇÃO FISCAL - MACROCRIMINALIDADE DE ALCANCE TRANSINDIVIDUAL

O termo sonegação fiscal, que vem a configurar condutas criminosas do direito penal tributário, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 4.729/65. Atualmente é a Lei nº 8.137/90 que trata, em seu Capítulo I, dos chamados crimes contra a ordem tributária, fixando as penas aplicáveis às condutas por ela tipificadas.

O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que esta lei revogou a Lei nº 4.729/65, uma vez que, apesar de não fazer menção à expressão sonegação fiscal, definiu como delitos as mesmas condutas antes sob aquela designação e, consoante a regra geral estabelecida pelo § 1º, do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei mais nova revoga a lei mais antiga quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Moraes (1999, p.85) conceitua sonegação fiscal como sendo a “ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade, do recolhimento de tributo devido ao Poder Público”. De modo que o sujeito ativo do crime de sonegação necessita possuir inteligência, educação (aqui entendida como sinônimo de instrução, preparo acadêmico), é preciso que tenha um certo nível de conhecimentos administrativo, comercial, contábil e jurídico para perpetrar com sucesso o crime tributário, sendo este, por isso, um delito cujos autores são em sua grande maioria integrantes das camadas econômica e culturalmente mais privilegiadas da sociedade.

Daí utilizar-se o termo “crimes do colarinho branco” para identificar esta categoria de delitos. A propósito, foi Edwin Hardin Sutherland, sociólogo norte-americano, quem, em 1939, criou a expressão *white-collar criminality* para caracterizar, na lição de Pinto (2001, p.20) a delinqüência cometida “por setores econômicos influentes, a partir da cumplicidade, às vezes dispensada por seus parceiros nas relações de poder.”

Os crimes contra a ordem tributária estão inseridos na chamada macrocriminalidade, extremamente danosa para toda a coletividade, uma vez que as conseqüências deste tipo de atividade criminosas repercutem na sociedade como um todo, pois atinge bens jurídicos coletivos e transindividuais. Além da sonegação fiscal, também fazem parte da macrocrimi-

nalidade os crimes contra o sistema financeiro, os crimes de improbidade administrativa, os delitos falimentares, os crimes ambientais, os crimes contra as relações de consumo etc.

Ainda no tocante ao bem jurídico protegido pelo direito penal tributário, preleciona Pacheco (1997, p.341-342) que é o patrimônio estatal de forma imediata e, indiretamente, o interesse público. Como bem ensina Andrade Filho (2007, p.82), “[...] a ordem tributária deve ser entendida como uma abstração que diz respeito à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos ou contribuições sociais, mas o bem jurídico que a lei quis tutelar é o direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições.”

No entanto, arriscamo-nos a ir mais além, a partir do momento em que entendemos estar o próprio Estado Democrático de Direito protegido pelo ordenamento penal tributário, tendo em vista que a falta de recursos financeiros, ocasionada pela criminalidade tributária, pode levar à falência dos poderes estatais, ocasionando o caos social e fazendo desmoronar as instituições democráticas. Como pode o Estado garantir a prestação efetiva de direitos sociais constitucionalmente previstos como a saúde, a educação, a assistência aos desamparados e a segurança pública sem dispor da receita suficiente para tanto?

De modo que a macrocriminalidade mata muito mais do que a criminalidade comum, no entanto a população ainda não se apercebeu disto. Ficamos chocados e revoltados com as notícias dos crimes de seqüestro relâmpago, homicídios, estupros e latrocínios diariamente veiculados pela imprensa e não atentamos para o fato de que aqueles que morrem à espera de atendimento nos hospitais públicos, as inúmeras crianças e adultos vítimas da desnutrição, a falta de saneamento básico, a falta de escolas suficientes para todas as crianças, a crescente



desigualdade social, tudo isto é reflexo também da criminalidade tributária.

Outra característica criminologicamente relevante a respeito dos delitos contra a ordem tributária é que frequentemente eles estão associados à criminalidade organizada e à prática de outros crimes como o contrabando, corrupção ativa, tráfico de entorpecentes, estelionato e tráfico de influência. Os sonegadores das quantias vultosas costumam fazer parte de verdadeiras organizações criminosas de estruturação complexa, o que por vezes dificulta a configuração da materialidade e autoria delitiva, fazendo com que a fase pré-processual do inquérito policial para a coleta de indícios e provas incriminadoras, apesar de não ser requisito essencial para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, seja extremamente importante para a persecução penal.

O presente artigo se propõe, assim, a defender a necessidade da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade no combate aos crimes contra a ordem tributária, tendo em vista a insuficiente proteção Estatal, além de demonstrar a dificuldade relativa à configuração da materialidade e autoria desses delitos que por vezes são perpetrados por complexas organizações criminosas, defendendo o inquérito policial como importante instrumento de coleta de provas acerca da sonegação fiscal.

## 1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente, devemos observar que atualmente os princípios ocupam um lugar de destaque no direito. Expressam, os princípios, os valores fundamentais do sistema jurídico, sendo mandamentos, positivados ou não, que servem

de alicerce para todo o ordenamento jurídico, devendo o legislador deles se utilizar quando da elaboração das leis, assim como o magistrado, ao aplicar o direito, deve neles buscar a exata compreensão e o alcance das normas. A doutrina e jurisprudência contemporâneas reconhecem e enfatizam a força normativa dos princípios. Como preleciona Mello,

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]. (MELLO, 2000, p. 748).

Historicamente, podemos dizer que o emprego do princípio da proporcionalidade se deu, pela primeira vez, conforme ensina Barros (1996, p. 34), durante a passagem do Estado Absolutista (no qual o governante tinha poderes ilimitados) para o Estado de Direito, objetivando justamente limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos. Esta é a aplicação da proporcionalidade como proibição ao excesso, como instrumento impeditivo de arbitrariedades por parte da atuação estatal.

O princípio da proporcionalidade é de tradicional aplicação no campo do direito administrativo. Mas a grande novidade do fim do século XX, segundo Bonavides (2004, p. 398), foi a aplicação desse princípio no âmbito do direito constitucional.

Como nos informa Bonavides (2004, p. 396), em vários países da Europa, bem como em órgãos da Comunidade

Européia, a jurisprudência constitucional vem frequentemente aplicando o princípio da proporcionalidade. A doutrina procura consolidá-lo como regra essencial de apoio e proteção dos direitos fundamentais, caracterizadora de um novo Estado de Direito, tornando a proporcionalidade um princípio fundamental das Constituições.

Com efeito, também aqui no Brasil, o princípio da proporcionalidade ganha cada vez mais aplicabilidade, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual costuma utilizar também o termo razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, apesar de historicamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade terem origens distintas.

A utilização do princípio da proporcionalidade funciona, principalmente na área administrativa, como uma forma de limitação do poder estatal (proibição ao excesso), impedindo um agir arbitrário e desmedido por parte dos agentes públicos. Já na esfera judicial, funciona essencialmente como um instrumento para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Neste sentido, citamos Santos a respeito do princípio em análise:

Trata-se de um instrumento segundo o qual a medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, por ela, é atingido ou sacrificado. O princípio da proporcionalidade faz essa mediação entre diferentes grandezas, combinando, proporcionalmente à importância para o caso concreto, diferentes valores contidos no sistema. As normas em colisão serão comparadas e testadas de forma a se chegar a uma conclusão consagradora de uma das

duas ou que compatibilize as duas. (SANTOS, 2004, p. 107-108).

Contudo, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade não se esgota na tarefa concernente à limitação ou restrição de direitos e garantias por atos praticados pelo Poder Público. O referido princípio também deve ser aplicado sob a perspectiva da proibição da proteção insuficiente, ou seja, deve ser utilizado como forma de auxiliar a sanar os problemas resultantes da atuação deficiente do Estado, sempre que este não conseguir cumprir com as suas obrigações constitucionais.

Ao fazer uso do princípio da proporcionalidade (seja sob a ótica da limitação aos excessos ou da proibição da proteção insuficiente), deve o seu aplicador analisar os três elementos ou critérios, também chamados de subprincípios, que o compõem, a saber: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

A pertinência, também chamada de aptidão ou adequação, consiste em verificar se o meio utilizado é o adequado ao fim que se deseja alcançar (diz respeito à escolha do modo de fazer). Como bem observa Santos (2004, p.110), "estamos aqui a tratar, portanto, da utilidade da medida adotada. Cuida da relação de causalidade entre a medida adotada pelo Estado e o fim que visa alcançar."

O elemento necessidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima, consiste em o agente público analisar se o meio empregado para se atingir determinado objetivo está sendo utilizado dentro dos limites indispensáveis para tanto. De acordo com este princípio, "a medida adotada pelo Poder Público tem que ser, portanto, indispensável. Estamos aqui indagando se o meio é o que

produz a menor intervenção no campo dos direitos.” (SANTOS, 2004, p.112).

A proporcionalidade *stricto sensu* é o uso da ponderação entre direitos ou interesses, ou seja, a busca pelo equilíbrio na escolha e utilização dos meios para se atingir o fim almejado. “Frente a outras normas constitucionais igualmente válidas, a ponderação é realizada com vistas a determinar qual dos bens jurídicos que estão em relação se destacará e em que medida cada um deles será realizado.” (SANTOS, 2004, p. 113-114).

Com efeito, ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, por isso é imperioso que os valores em questão sejam mensurados, a fim de que se alcance a proporcionalidade, ou seja, que o direito prevalente seja de maior importância que o restringido.

Temos, pois, que “o princípio da proporcionalidade é instrumento de interpretação que, nos casos de tensão entre direitos, permite a ponderação de bens em vista dos elementos fáticos e jurídicos do caso concreto.” (SANTOS, 2004, p.180).

Dito princípio se apresenta, na nossa Constituição, de forma implícita, não existindo como norma geral de direito escrito, mas nem por isso deixa de ser direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Como ensina Bonavides (2004, p.435), “[...] é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.” Não respeitá-lo, portanto, constitui afronta direta à Constituição que é o alicerce de toda a ordem jurídica, sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade vem sendo, assim, cada vez mais utilizado pela jurisprudência, auxiliando o magistrado na difícil tarefa da interpretação das normas, mais especificamente nos casos em que houver colisão entre normas ou princípios fundamentais, também sendo de muita utilidade para o legislador quando da elaboração das leis infraconstitucionais, submetendo a atuação legiferante às limitações impostas pelos valores e princípios constitucionalmente consagrados.

### 1.1 A atuação insuficiente do Estado na repressão à criminalidade tributária

Infelizmente, a política legislativa do Brasil se orienta cada vez mais no sentido de permitir a impunibilidade da macrocriminalidade, em especial no que concerne aos crimes contra a ordem tributária. Ao analisarmos as leis que tratam da matéria em estudo, verificamos que o legislador pátrio não tem a intenção de coibir a prática desses crimes para proteger o Estado Democrático contra o contumaz comportamento sonegador. A possibilidade de haver uma punição efetiva aos criminosos do colarinho branco é aniquilada pelo pagamento do crédito tributário sonegado, como podemos observar pelo histórico legislativo acerca da matéria, senão vejamos:

a) a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, em seu artigo 2º, dizia que o pagamento do tributo realizado antes da ação fiscal tornava extinta a punibilidade;

b) o Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, em seu artigo 18, considerava extinta a punibilidade se o agente promovesse o recolhimento dos tributos e multas devidos, mesmo após o início da ação fiscal;

c) a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em seu artigo 14, permitia a ocorrência da extinção da punibi-

lidade pelo pagamento efetuado antes do recebimento da denúncia;

d) então veio a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, que acabou com o pagamento do tributo como forma de extinção da punibilidade dos crimes de sonegação;

e) mas a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, restabeleceu o privilégio da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que efetuado este antes do recebimento da denúncia;

f) a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, praticamente promoveu a descriminalização da sonegação quando deu aos acusados, mesmo que condenados pela prática de crime contra a ordem tributária, a chance de conseguirem a extinção da punibilidade destes crimes por meio do pagamento da obrigação tributária devida, podendo referido pagamento ser ainda parcelado.

Destarte, em relação aos crimes contra a ordem tributária, vemos, pois, que a proteção penal do Estado é insuficiente. Parece mesmo que falta interesse ao Estado em exercer o *jus puniendi* contra esta espécie de criminalidade. A atuação legiferante estatal acaba por proteger os criminosos tributários, agindo em total detrimento ao bem estar social.

É neste contexto que o princípio da proporcionalidade, então visto sob a sua perspectiva de proibição da proteção insuficiente por parte do Estado, apresenta-se ao judiciário como uma alternativa viável na difícil tarefa de combate à criminalidade tributária, devendo ser aplicado com mais freqüência pelos órgãos jurisdicionais, sempre se levando em conta as peculiaridades e circunstâncias de cada caso em particular.

Um bom exemplo da aplicabilidade do referido princípio no combate à criminalidade tributária pode ser percebido no acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DECRETAÇÃO DE SIGILO. ADVOGADO. VISTAS DOS AUTOS E CÓPIAS DE PEÇAS. VINCULAÇÃO AO EXAME DO CONTEXTO FÁTICO.

1 - Decretado o sigilo do inquérito policial, há que ser mantido se demonstrado que a quebra conduziria à frustração de todo procedimento investigatório.

2 - Não figurando o cliente dos recorrentes como indiciado nos autos de inquérito policial que tramita sob sigilo, a segurança não pode ser concedida, eis que tal medida, poderá conduzir ao fracasso da investigação criminal, bem como violar a intimidade da real indiciada, que teve quebrado o sigilo bancário.

3 - Nenhum direito, por mais importante que seja, pode ser visto como absoluto, ficando sempre condicionado ao exame do contexto fático.

4 - Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão dos recorrentes.

5 - Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 13496 - PR, Rel. Min. José Delgado).

Ainda no que tange ao referido acórdão, pertinente é a transcrição de parte do voto do Ministro relator, onde se faz menção direta ao princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

Pelo que constato, o cliente dos recorrentes não figura no procedimento criminal como indiciado, e, de outro lado,

a obtenção de vista e cópias dos autos no momento atual, poderá conduzir à frustração de toda investigação desenvolvida, além de violar a intimidade da “real” indiciada, uma vez que teve seu sigilo bancário quebrado. Nesse diapasão, eventual direito dos recorrentes deve ceder face a outros igualmente protegidos e que demonstram interesse público superior, aplicando-se, portanto o princípio da proporcionalidade. (STJ, RMS 13496 - PR, Rel. Min. José Delgado).

Vale ressaltar que o inquérito policial ao qual o supracitado acórdão faz referência foi instaurado com o objetivo de apurar a prática de delitos contra a ordem tributária e o sistema financeiro (lavagem de dinheiro e evasão de divisas mediante utilização de artifícios para ocultação da identidade dos responsáveis pela transferência), de modo que o sigilo nas investigações policiais era necessário devido à complexidade da conduta delitativa. Assim sendo, o direito fundamental à informação, constitucionalmente previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, da Carta Magna, foi sacrificado em favor do interesse público superior de repressão à criminalidade e conseqüente proteção social.

## 2 O INQUÉRITO POLICIAL

A persecução criminal normalmente apresenta duas fases: a policial investigativa e a processual criminal, a qual tem início com o recebimento pelo Juiz da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

No que concerne aos crimes contra a ordem tributária, são estes de ação penal pública, conforme preceituado no artigo 15, da Lei nº 8.137/90, de modo que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, e, de acordo com entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, o inquérito

policial é peça meramente informativa, totalmente prescindível à propositura da ação penal.

No entanto, o fato de não estar o Ministério Público vinculado ao inquérito policial para dar início ao processo penal não elimina a importância da investigação policial acerca da materialidade e da autoria das ações delitivas, principalmente quando se trata de crime contra a ordem tributária, geralmente ligado à criminalidade organizada, a qual habitualmente apresenta uma delinqüência requintada, de estrutura complexa e, portanto, de difícil identificação, como veremos adiante.

### 2.1 A materialidade do crime tributário

Questão delicada é a que se refere à demonstração da materialidade dos crimes tributários, a qual dependerá imprescindivelmente das provas produzidas no processo penal. A prova tem a função de demonstrar a verdade dos fatos deduzidos pelas partes. Como ensina Tourinho Filho (2000, v.1, p.33), o objetivo do processo penal “[...] é eminentemente prático, atual e jurídico e se limita à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto e à aplicação de suas conseqüências jurídicas.” Tem, pois, a prova a finalidade de formar a convicção do juiz para que este possa prolatar a decisão.

Com efeito, o direito processual penal brasileiro adotou o sistema da livre convicção motivada ou sistema real, no qual o juiz precisa fundamentar a sua decisão, dando as razões do seu convencimento. Neste sistema, é amplo o campo da investigação e é livre o julgador para valorar as provas produzidas, ou seja, as provas têm valor relativo, não-prefixado.

No que pertine aos crimes tributários, o nosso ordenamento jurídico pátrio não previu a forma culposa desses delitos. Os crimes contra a ordem tributária, previstos nos

a obtenção de vista e cópias dos autos no momento atual, poderá conduzir à frustração de toda investigação desenvolvida, além de violar a intimidade da "real" indiciada, uma vez que teve seu sigilo bancário quebrado. Nesse diapasão, eventual direito dos recorrentes deve ceder face a outros igualmente protegidos e que demonstram interesse público superior, aplicando-se, portanto o princípio da proporcionalidade. (STJ, RMS 13496 - PR, Rel. Min. José Delgado).

Vale ressaltar que o inquérito policial ao qual o supracitado acórdão faz referência foi instaurado com o objetivo de apurar a prática de delitos contra a ordem tributária e o sistema financeiro (lavagem de dinheiro e evasão de divisas mediante utilização de artifícios para ocultação da identidade dos responsáveis pela transferência), de modo que o sigilo nas investigações policiais era necessário devido à complexidade da conduta delitiva. Assim sendo, o direito fundamental à informação, constitucionalmente previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, da Carta Magna, foi sacrificado em favor do interesse público superior de repressão à criminalidade e conseqüente proteção social.

## 2 O INQUÉRITO POLICIAL

A persecução criminal normalmente apresenta duas fases: a policial investigativa e a processual criminal, a qual tem início com o recebimento pelo Juiz da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

No que concerne aos crimes contra a ordem tributária, são estes de ação penal pública, conforme preceituado no artigo 15, da Lei nº 8.137/90, de modo que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, e, de acordo com entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, o inquérito

policial é peça meramente informativa, totalmente prescindível à propositura da ação penal.

No entanto, o fato de não estar o Ministério Público vinculado ao inquérito policial para dar início ao processo penal não elimina a importância da investigação policial acerca da materialidade e da autoria das ações delitivas, principalmente quando se trata de crime contra a ordem tributária, geralmente ligado à criminalidade organizada, a qual habitualmente apresenta uma delinqüência requintada, de estrutura complexa e, portanto, de difícil identificação, como veremos adiante.

### 2.1 A materialidade do crime tributário

Questão delicada é a que se refere à demonstração da materialidade dos crimes tributários, a qual dependerá imprescindivelmente das provas produzidas no processo penal. A prova tem a função de demonstrar a verdade dos fatos deduzidos pelas partes. Como ensina Tourinho Filho (2000, v.1, p.33), o objetivo do processo penal "[...] é eminentemente prático, atual e jurídico e se limita à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto e à aplicação de suas conseqüências jurídicas." Tem, pois, a prova a finalidade de formar a convicção do juiz para que este possa prolatar a decisão.

Com efeito, o direito processual penal brasileiro adotou o sistema da livre convicção motivada ou sistema real, no qual o juiz precisa fundamentar a sua decisão, dando as razões do seu convencimento. Neste sistema, é amplo o campo da investigação e é livre o julgador para valorar as provas produzidas, ou seja, as provas têm valor relativo, não-prefixado.

No que pertine aos crimes tributários, o nosso ordenamento jurídico pátrio não previu a forma culposa desses delitos. Os crimes contra a ordem tributária, previstos nos

a obtenção de vista e cópias dos autos no momento atual, poderá conduzir à frustração de toda investigação desenvolvida, além de violar a intimidade da "real" indiciada, uma vez que teve seu sigilo bancário quebrado. Nesse diapasão, eventual direito dos recorrentes deve ceder face a outros igualmente protegidos e que demonstram interesse público superior, aplicando-se, portanto o princípio da proporcionalidade. (STJ, RMS 13496 - PR, Rel. Min. José Delgado).

Vale ressaltar que o inquérito policial ao qual o supra-citado acórdão faz referência foi instaurado com o objetivo de apurar a prática de delitos contra a ordem tributária e o sistema financeiro (lavagem de dinheiro e evasão de divisas mediante utilização de artifícios para ocultação da identidade dos responsáveis pela transferência), de modo que o sigilo nas investigações policiais era necessário devido à complexidade da conduta delitativa. Assim sendo, o direito fundamental à informação, constitucionalmente previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, da Carta Magna, foi sacrificado em favor do interesse público superior de repressão à criminalidade e conseqüente proteção social.

## 2 O INQUÉRITO POLICIAL

A persecução criminal normalmente apresenta duas fases: a policial investigativa e a processual criminal, a qual tem início com o recebimento pelo Juiz da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

No que concerne aos crimes contra a ordem tributária, são estes de ação penal pública, conforme preceituado no artigo 15, da Lei nº 8.137/90, de modo que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, e, de acordo com entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, o inquérito

policial é peça meramente informativa, totalmente prescindível à propositura da ação penal.

No entanto, o fato de não estar o Ministério Público vinculado ao inquérito policial para dar início ao processo penal não elimina a importância da investigação policial acerca da materialidade e da autoria das ações delitivas, principalmente quando se trata de crime contra a ordem tributária, geralmente ligado à criminalidade organizada, a qual habitualmente apresenta uma delinqüência requintada, de estrutura complexa e, portanto, de difícil identificação, como veremos adiante.

### 2.1 A materialidade do crime tributário

Questão delicada é a que se refere à demonstração da materialidade dos crimes tributários, a qual dependerá imprescindivelmente das provas produzidas no processo penal. A prova tem a função de demonstrar a verdade dos fatos deduzidos pelas partes. Como ensina Tourinho Filho (2000, v.1, p.33), o objetivo do processo penal "[...] é eminentemente prático, atual e jurídico e se limita à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto e à aplicação de suas conseqüências jurídicas." Tem, pois, a prova a finalidade de formar a convicção do juiz para que este possa prolatar a decisão.

Com efeito, o direito processual penal brasileiro adotou o sistema da livre convicção motivada ou sistema real, no qual o juiz precisa fundamentar a sua decisão, dando as razões do seu convencimento. Neste sistema, é amplo o campo da investigação e é livre o julgador para valorar as provas produzidas, ou seja, as provas têm valor relativo, não-prefixado.

No que pertine aos crimes tributários, o nosso ordenamento jurídico pátrio não previu a forma culposa desses delitos. Os crimes contra a ordem tributária, previstos nos

artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, têm como elemento subjetivo comum o dolo específico, consistente na intenção de suprimir ou reduzir tributos ou contribuições utilizando-se de meios fraudulentos para tanto. Destarte as falsidades material e/ou ideológica são crimes-meios necessariamente utilizados para a consecução do crime-fim de sonegação fiscal. Portanto, desde que praticada a falsidade com a finalidade de possibilitar o cometimento do crime de sonegação tributária, tendo em vista o princípio da subsunção, não haverá concurso de crimes.

A fraude, portanto, é elemento intrínseco à materialidade dos delitos tributários e, quando grosseira, pode ser perfeitamente perceptível pela atuação administrativa fiscal-tributária. No entanto, o sonegador contumaz se preocupa em aperfeiçoar a sua prática delinqüencial, de modo que há sempre a possibilidade da utilização de mecanismos fraudatórios capazes de ludibriar a própria atividade fiscalizadora da administração tributária, dando, por exemplo, à escrituração contábil de uma empresa sonegadora uma aparência de regularidade e licitude.

Neste sentido, concordamos com Lovatto (2000, p.46) quando o mesmo afirma que “[...] a prova da existência do crime não se prova exclusivamente com o auto de lançamento. Ele, sozinho, não é prova suficiente quer para a condenação ou para o afastamento da denúncia. Necessário é que haja a prova da materialidade.”

De modo que a prova da materialidade e da autoria tributária não se esgota na decisão administrativa fiscal a respeito da existência ou da quantia do crédito tributário devido. O simples inadimplemento de obrigação tributária não constitui o crime tributário.

Para restar tipificado o delito de sonegação fiscal, faz-se necessária, além da decisão final em processo administrativo-

tributário no sentido de reconhecimento da existência de crédito a favor da Fazenda Pública, a comprovação suficiente do emprego da fraude no ato de reduzir ou suprimir tributo, contribuição ou seus acessórios e que o contribuinte tenha tido a vontade livre e consciente de sonegar, enganando o fisco e se utilizando da fraude para tanto.

## 2.2 A investigação policial antes da decisão administrativa definitiva

Desde o julgamento do HC 81.611/DF pelo Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento, defendido inicialmente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal é uma condição objetiva de punibilidade dos crimes de sonegação fiscal, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa, uma vez que os crimes previstos no artigo 1º, da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado. Portanto, a partir de então, o exaurimento do processo administrativo-fiscal passou a ser condição objetiva de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária, configurando constrangimento ilegal dar-se início à persecução penal antes do lançamento definitivo do crédito tributário.

O Ministério Público precisa, assim, esperar a decisão definitiva do processo administrativo-tributário para só então, a depender do reconhecimento ou não da existência de obrigação tributária, propor a denúncia pela prática de crime contra a ordem tributária. Caso se antecipe ao término do processo administrativo-fiscal, a ação penal poderá ser trancada por ausência de justa causa para o prosseguimento da mesma, de acordo com entendimento do STF e STJ.



Ocorre que, à semelhança do que acontece com a ação penal, uma parte do judiciário vem entendendo que também o inquérito policial iniciado antes da decisão definitiva do processo administrativo-fiscal carece de justa causa, configurando constrangimento ilegal, de modo que se tornou praxe advocatícia a impetração de *habeas corpus* com o objetivo de trancamento do procedimento investigatório, conforme verificado em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevemos *in verbis*:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO.

1. Como ainda pende de julgamento recurso administrativo-fiscal, não é possível afirmar-se que o crédito tributário encontra-se definitivamente constituído.
2. Sem a cabal concretização do crédito tributário, não há falar-se em crime de sonegação fiscal, restando inviabilizada a instauração de inquérito policial e o ajuizamento de ação penal. Precedentes do Pretório Excelso e deste Sodalício.
3. Ordem concedida para trancar o inquérito policial. (STJ, HC 61080-RJ, Rel. Min. Paulo Medina).

Contudo, discordamos do referido posicionamento e, acompanhando Silva (1998, p.131), entendemos ser o inquérito policial um procedimento de natureza inquisitória, sendo apenas uma investigação administrativa com a finalidade de fornecer elementos de convicção para uma possível atuação do Ministério Público.

É apenas um procedimento preparatório, não tendo o condão de estabelecer um juízo de culpa e não obedecendo

ao contraditório. Ademais, as provas colhidas pela investigação policial não estão dispensadas do contraditório, uma vez que este será legitimamente exercido pelas partes em momento processual posterior.

Conforme entende parte da doutrina e da jurisprudência, o trancamento de inquérito policial pela via do *habeas corpus* constitui um procedimento de exceção, só cabível quando inconteste a atipicidade da conduta, ou a falta de prova da materialidade do delito, ou a ausência de indícios de autoria por parte do indiciado, como podemos constatar pela leitura das ementas de alguns julgados do STJ em crimes contra a ordem tributária:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA. INDÍCIOS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA.

1. O trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado e a atipicidade da conduta. Precedentes desta Corte.
2. No presente caso, a tese levantada pela ora Recorrente demandaria uma análise aprofundada do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de *habeas corpus*. Ademais, vislumbra-se, desde já, fortes indícios da materialidade e da autoria quanto ao delito em apuração, o que reforça, ainda mais, a impossibilidade do trancamento do inquérito policial no presente momento.
3. Recurso desprovido. (STJ, RHC 14537-SP, Rel. Min. Laurita Vaz).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de inquérito policial não prescinde da demonstração inequívoca, sem necessidade de mínima incursão na seara probatória, de flagrante atipicidade do fato investigado ou da impossibilidade de autoria por parte dos eventuais indiciados.

2. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, apenas para dar início à ação penal exige-se o esgotamento da esfera administrativa, com o lançamento definitivo do crédito tributário, como condição objetiva de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária.

3. Ordem denegada. ( STJ, HC 42195/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

O esgotamento da instância administrativa se faz necessário para o início da *persecutio criminis in iudicio* quando a irresignação do contribuinte se referir ao quantum ou à própria exigibilidade do crédito tributário. Todavia tal entendimento não se aplica à hipótese dos autos onde se pretende o trancamento de inquérito policial que, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, *prima facie*, mostra-se evidente, v.g., a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, situações essas não ocorrentes in casu. Habeas corpus denegado. ( STJ, HC 42673/SP, Rel. Min. Felix Fischer)

Ademais, entendemos que, assim como a decisão final do processo administrativo-tributário reconhecendo a existência de crédito em prol da Fazenda não configura por si só a prática de crime tributário pelo contribuinte, do mesmo modo pode acontecer que dito processo administrativo inocente o contribuinte quanto à prática de infração tributária, reconhecendo a inexistência de débitos fiscais e, no entanto, existam outras provas como livros clandestinos de registro de caixa dois, informações contidas nos computadores da empresa, testemunhas, visível ostentação financeira incompatível com a escrituração contábil apresentada etc que comprovem a prática de crime contra a ordem tributária.

De sorte que atribuir ao inquérito policial a mesma restrição oponível à propositura da ação penal é um comportamento extremamente prejudicial para o combate à criminalidade tributária, tendo em vista a real possibilidade de destruição das provas da ação criminosa pelos sonegadores.

## CONCLUSÕES

A moderna doutrina constitucionalista entende que hoje não há qualquer direito fundamental que se aplique de maneira inflexível, ou seja, não existem direitos absolutos. Isto devido ao princípio da convivência das liberdades, o qual não permite que os direitos fundamentais do cidadão sejam exercidos de maneira irrestrita, uma vez que, se assim acontecesse, acabariam por atingir os direitos de outros indivíduos, prejudicando a ordem pública. O homem é um ser que vive em sociedade, e é em nome de uma convivência harmônica, pacífica e justa em coletividade que os direitos fundamentais do indivíduo precisam se submeter a limitações. O Supremo Tribunal Federal inclusive já decidiu que

não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (STF, MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

É neste contexto que o princípio da proporcionalidade, sendo um princípio constitucional e, portanto, basilar do ordenamento jurídico, deve ser utilizado pela magistratura quando no caso concreto houver a possibilidade de aplicação de dois ou mais princípios ou normas que colidam entre si, devendo prevalecer aquele que tutelar o bem jurídico mais valioso.

Assim, havendo interesses em conflito, observar-se-á cuidadosamente os critérios de adequação, necessidade e ponderação *strictu sensu*, de sorte que prevaleça o interesse público de maior relevância, sendo, dessa maneira, admissível a quebra de uma garantia individual para que se consiga a efetiva tutela de um bem jurídico mais importante para a coletividade. Desse modo, o princípio da proporcionalidade encontra aplicabilidade no ordenamento jurídico como um todo, inclusive na seara do direito penal tributário.

A criminalidade tributária é caracteristicamente transindividual e de extrema lesividade, uma vez que suas conseqüências repercutem em todos os setores da sociedade. A partir do momento em que a arrecadação tributária é atingida pela sonegação fiscal, a prestação de serviços públicos essenciais, como educação, saúde e segurança fica comprometida, a economia nacional é abalada e aumentam-se as desigualdades sociais.

Junte-se a isto o fato de que habitualmente os delitos contra a ordem tributária estão ligados ao crime organizado, deitando raízes em todos os Poderes do Estado, chegando a interferir nas próprias diretrizes políticas e econômicas do país. De modo que a realidade social mostra o quanto é urgente que tal espécie nefasta de delinqüência seja duramente reprimida pelo direito penal.

No entanto, o que se vê no Brasil é um verdadeiro teatro jurídico-legislativo. Sonegar é crime, porém os criminosos não podem ser punidos tendo em vista os privilégios de que usufruem como, por exemplo, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo (mesmo após a condenação) e a proibição do Ministério Público ingressar com a ação penal antes da decisão definitiva em processo administrativo-tributário.

Entendem alguns magistrados que o próprio inquérito policial acerca do crime tributário não pode prosseguir enquanto pendente de julgamento processo administrativo-tributário. Ou seja, há um verdadeiro incentivo por parte do Estado no sentido de aumentar a prática da sonegação fiscal.

Esta atitude estatal de não-enfrentamento da criminalidade tributária coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito, o qual se fundamenta em direitos e garantias constitucionais que acabam fenecendo diante da falta de recursos financeiros necessários para a real implementação e efetivação destas.

Posicionamo-nos, pois, pelo endurecimento da legislação penal tributária, com a supressão dos privilégios concedidos aos criminosos do colarinho branco, assim como pela aplicação, sempre que o caso concreto assim o permita, da aplicação do princípio da proporcionalidade para sanar a

proteção insuficiente do Estado no que pertine aos crimes contra a ordem tributária.

Alerte-se, no entanto, que se deve proceder com muito cuidado quando da aplicação da proporcionalidade para não desvirtuar o seu conceito e finalidade, transformando este princípio em um justificador de arbitrariedades jurídicas. Vale aqui lembrar que dito princípio surgiu como uma forma de limitação ao poder do Estado, visando impedir justamente o agir desmedido e abusado por parte dos agentes públicos. De forma que, a proibição ao excesso está implicitamente contida no conceito de proporcionalidade, devendo a decisão escolhida ser aplicada na medida exatamente necessária para a satisfação do interesse de maior importância, sendo vedados exageros.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário:** crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso do Direito Constitucional.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13496-PR.** Relator: Ministro José Delgado. Decisão por maioria. Brasília, 20.06.02. DJ de 16.12.02, p. 245. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Habeas Corpus nº 42195-SP.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisão unânime. Brasília, 04.04.06. DJ de 24.04.06, p. 420. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Habeas Corpus nº 42673-SP.** Relator: Ministro Felix Fischer. Decisão unânime. Brasília, 11.10.05. DJ de 12.12.05, p. 401. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14537-SP.** Relator: Ministra Laurita Vaz. Decisão unânime. Brasília, 13.12.05. DJ de 01.02.06, p. 572. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 61080-RJ.** Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão unânime. Brasília, 13.02.07. DJ de 06.08.07, p. 699. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 17 ago. 2007.

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 23452-RJ.** Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 16.09.99. DJ de 12.05.00. Disponível a partir de: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in\\_processo.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp)>. Acesso em: 26 fev. 2007.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes tributários: aspectos criminais e processuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 1999.

PACHECO, Ângela Maria da Motta. **Sanções tributárias e sanções penais tributárias**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PINTO, Emerson de Lima. **A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, Juary C. **Elementos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

## A LEGITIMIDADE E OS REFLEXOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO\*

*Maria Lúcia Sève de Abreu e Lima Neta*  
Advogada. Aluna do Curso de Preparação à Magistratura e pós-graduanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O TRATADO DE ROMA. 1.1 Princípios Fundamentais à sua Legitimidade. 1.2 Composição. 1.3 Do Procedimento Processual. 1.4 Dos Crimes. 1.5 Das Penas Aplicáveis. 2 AS VANTAGENS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 3 OS PROBLEMAS PARA O DIREITO BRASILEIRO. 3.1 Da Entrega de Pessoas ao Tribunal Penal Internacional. 3.2 Da Prisão Perpétua. 3.3 Imprescritibilidade dos Crimes. 3.4 A Relativização da Coisa Julgada. 3.5 Ausência de Imunidade aos Agentes Públicos. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho compreende a análise do Estatuto de Roma, instrumento jurídico que fundamenta o Tribunal Penal Internacional, confrontando-o a questões controversas que surgiram em decorrência da sua aceitação pelo Brasil e sua

\* O artigo contém em extratos da monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

característica inédita no cenário mundial de constituir-se na primeira corte penal permanente para julgamento de indivíduos que praticam crimes de alta gravidade, dentre outros, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

Desde que o ser humano começou a viver em sociedade surgiram guerras entre os mesmos, sendo de mesma ou diferente origem. Com o passar dos tempos a civilização evoluiu e com isso, aumentaram os conflitos. Rotineiramente milhões de pessoas são vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam a vida e consciência do mundo. Estes crimes de tão elevada gravidade acarretam um risco a paz, ao bem-estar e segurança da humanidade não podendo ficar impunes e devendo ser a todo custo impedidos, erradicados tomando-se para tanto medidas nacionais e internacionais. Assim, fora criado o Tribunal Penal Internacional, na qual tem precipuamente a finalidade de censurar a prática desses delitos, condenando os culpados e fazendo com que os demais tenham receio de praticá-los.

## 1 O TRATADO DE ROMA

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado na “Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”, realizada na cidade de Roma, entre os dias 15 de junho a 17 de junho de 1998, tendo, pois natureza jurídica de tratado. Entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002, após sessenta Estados terem manifestado seu consentimento, vinculando-se ao TPI, em virtude de suas normas de competência interna para a celebração de tratados<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Site Oficial do **Trinunal Penal internacional**, disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. acesso em: 16 setembro de 2007.

O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, sediado em Haia, na Holanda, foi aprovado em 17 de julho de 1998. O Brasil assinou tal Estatuto em 7 de fevereiro de 2000 e o Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 6 de junho de 2002, tendo sido promulgado, em 26 de setembro de 2002, pelo decreto presidencial n. 4.388. A carta de ratificação fora depositada em 29 de junho de 2002, entrando em vigor em 1º de julho de 2002. Assim, para o Brasil, internacionalmente, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002.

### Segundo Antonio Gonçalves:

Tal aprovação ocorreu exatamente, no ano em que se “comemoram” os 50 anos de edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento em trinta artigos que inicia categoricamente afirmando: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Com o intuito de proteção da pessoa humana, da sua dignidade e do seu bem estar, e para provar aos grandes ditadores que ninguém está acima da lei, pois acima do homem tem-se os direitos e garantias individuais.<sup>2</sup>

A Emenda Constitucional 45, promulgada no dia 8 de dezembro de 2004 e em vigor desde 31 do referido mês, inseriu o § 4º ao art. 5º da CF/88.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. Corte de Haia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2007.

<sup>3</sup> A Constituição Federal de 1988 determina **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:

### 1.1 Princípios Fundamentais à sua legitimidade

O desempenho do Tribunal Penal Internacional estar delineado sobre alguns Princípios Fundamentais, como por exemplo, o Princípio da Complementariedade, Universalidade, Responsabilidade Penal Individual e Imprescritibilidade do Delito.

De acordo com o **Princípio da Complementariedade**, o referido Tribunal apenas atuará nos Estados de forma subsidiária, na qual só terá competência sobre o caso se o Estado não iniciou o processo ou, se iniciado, atuou com o dolo de “proteger” o acusado.

Enrique R. Lewandowsky Afirma que :

Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz.<sup>4</sup>

Já o **Princípio da Universalidade**, os Estados que compõem o TPI estão submetidos à sua competência, assim respeitando o que fora ratificado quando da aceitação do mesmo.

O **Princípio da Responsabilidade Penal Individual** assegura que o indivíduo praticante do crime responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

<sup>4</sup> O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU 31/12/2004)

<sup>4</sup> LEWANDOWISKY, Enrique R. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. Scielo. Disponível em: <http://www.scielo.com.br>. Acesso em: 18 set. 2007.

Finalizando, o **Princípio da Imprescritibilidade do Delito** consiste que a ação criminosa não se extinguirá pelo decurso do tempo, mas os cidadãos só poderão ser submetidos a este Tribunal quando suas ações forem praticadas após a entrada em vigor do mencionado Tribunal.

### 1.2 Composição

De acordo com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>5</sup>, a Corte será integrada por 18 juízes eleitos e um procurador eleito, que irão conduzir as investigações e julgar os casos.

Apenas os Estados que ratificaram o tratado poderão nomear e eleger juízes e procuradores, que se distribuirão por três seções. A Seção de Questões Preliminares, que é competente para examinar a admissibilidade dos processos. A Seção de Primeira Instância, que proferirá os julgamentos do Tribunal e, por fim, a Seção de Apelações, responsável pela apreciação dos recursos.

Aos Juízes, caberão à Assembléia dos Estados-partes, suas escolhas, recaindo sobre pessoas que gozem de elevada consideração moral, imparcialidade e integridade, e que possuam as condições exigidas para o exercício das mais altas funções judiciárias de seu país, terão ainda a exigência de dominarem uma das línguas oficiais da Corte, que são: inglês, francês, espanhol, russo e árabe.

Além das exigências acima descritas, os juízes terão que demonstrar competência acerca de alguns ramos do direito como, direito penal, direito processual penal e experiência como magistrado, membro do Ministério Público ou advogado.

<sup>5</sup> Site Oficial do **Tribunal Penal Internacional**, parte IV-artigos 34 a 52. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 16 set. 2007.

### 1.3 Do procedimento Processual

O procedimento acusatório pode iniciar-se por uma representação à Promotoria, subscrita por algum Estado-parte ou pelo Conselho de Segurança da ONU, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ou ainda por uma investigação aberta pelo próprio Ministério Público, como estar regulamentado na parte V do Estatuto de Roma.

O processo perante o Tribunal, contudo, somente começa se for admitido pela Seção de Questões Preliminares, à vista de indícios suficientes de culpabilidade do acusado apresentados pela Promotoria.

A mencionada Seção também tem competência para ordenar a prisão preventiva do acusado, assegurando seu comparecimento em juízo, para que ele não obstrua a investigação, destruindo provas ou ameaçando testemunhas, ou mesmo para impedir que prossiga cometendo crimes. Essa prisão será executada pelos Estados-partes ou por terceiros mediante os instrumentos de aliança internacional.

### 1.4 Dos Crimes

O TPI será um tribunal permanente capaz de investigar e julgar indivíduos acusados das mais graves violações de direito internacional humanitário, *os chamados crimes de genocídio, de crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão*. Diferentemente da **Corte Internacional de Justiça**<sup>6</sup>, cuja jurisdição é restrita a **Estados**, o TPI analisará casos contra **indivíduos**.

<sup>6</sup> O Tribunal Internacional de Justiça ou Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Tem sede em Haia, nos Países Baixos. Por isso, também costuma ser denominada como Corte da Haia ou Tribunal da Haia. Fundado em 1946, sua principal função é de deliberar sobre disputas a ele submetidas por Estados e dar conselhos sobre assuntos legais a ele submetidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou por agências

O Estatuto de Roma conceitua o **crime de genocídio** como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo:

- matar membros do grupo;
- causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial;
- adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Os **crimes contra a Humanidade** qualificados como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, abrangendo:

- homicídio;
- extermínio;
- escravidão;
- deportação ou transferência forçada de populações;
- encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional;

especializadas autorizadas pela Assembleia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas. O estatuto do Tribunal Internacional de Justiça é o principal documento constitucional constituindo e regulando o Tribunal. Disponível em: <http://www.pt.wikipedia.org>. Acesso em: 17 setembro 2007



- tortura;
- estupro;
- escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves;
- perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos;
- desaparecimento de pessoas;
- *apartheid*;
- outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

**Crimes de guerra** são os que em particular quando cometidos como parte de um plano ou política ou como parte da prática em grande escala de tais crimes. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crimes de guerra as violações graves das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, a saber, quaisquer dos seguintes atos praticados contra indivíduos ou bens protegidos pelas disposições da Convenção de Genebra pertinente:

- homicídio doloso;
- tortura e outros tratamentos desumanos;
- ataque a civis e destruição injustificada de seus bens;
- tomada de reféns;
- guerra sem quartel;
- saques;
- morte ou ferimento de adversários que se renderam;
- utilização de veneno e de armas envenenadas; manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas;
- uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários;

- emprego de escudos humanos;
- morte de civis por inanição;
- organização de tribunais de exceção;
- recrutamento de crianças menores de 15 anos.

O **crime de agressão** não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Como fora indicado no artigo 5º do Estatuto, o TPI poderá exercer sua competência sobre o *crime de agressão* quando for aprovada disposição que defina esse crime e enuncie as condições para o exercício dessa competência.

Ainda sobre os crimes puníveis pelo Tribunal Penal Internacional, é importante mencionar o artigo 9º do referido Estatuto, pois mediante aplicação do mesmo poderá propor emendas aos elementos de definição dos crimes, qualquer Estado parte; os juízes, por maioria absoluta; o promotor. As emendas serão adotadas por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os Elementos de definição dos crimes e suas emendas serão compatíveis com o disposto no Estatuto<sup>7</sup>.

### 1.5 Das Penas Aplicáveis

Ao final do julgamento e sendo o réu culpado, o Estatuto de Roma assegura a aplicação das seguintes possibilidades de pena:

- reclusão pelo prazo não superior a trinta anos;
- prisão perpétua, dependendo da gravidade do delito cometido e das circunstâncias pessoais do acusado;

<sup>7</sup> Site Oficial do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. acesso em: 16 set. 2007.

- multa;
- confisco de bens procedentes direta ou indiretamente da prática do crime.

Ao culpado, quanto o local de cumprimento da pena, não será necessariamente o país de sua origem, por conseguinte a pena poderá ser cumprida em um dos Estados-partes.

Tem o réu ainda, o direito de ter sua pena reduzida depois do cumprimento de um terço da mesma, ou de 25 anos, no caso de prisão perpétua, importando a colaboração prestada pelo mesmo durante o julgamento.

À sua pena, poderá ser acrescida uma reparação às vítimas, sob a forma de reabilitação ou indenização, que será paga pelo réu ou por um *Fundo Fiduciário*, especialmente criado para esse fim, constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados-partes.

Importante a menção ao artigo 26, onde há a exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos. Dessa forma, não terá jurisdição o Tribunal Penal Internacional sobre os menores de idade no momento da prática do crime.

## 2 AS VANTAGENS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional causa uma discordância entre os doutrinadores brasileiros, onde há os que são a favor de tal tratado e outros que são terminantemente contra, dessa forma explanaremos as questões suscitadas sobre o TPI durante e após seu processo de ratificação, pois o referido tratado já fora incorporado à nosso ordenamento pátrio.

De início, consideremos **as vantagens trazidas pelo TPI**. Sabemos que tal tratado foi criado para resolver problemas anteriores em relação a outros tribunais, como exemplo o Tribunal

da ex-Iugoslávia, no qual havia depoimentos de que não eram imparciais em seus julgamentos, onde era utilizado para cometer vinganças. Assim sendo, o TPI vem taxado de **forma autônoma**, ou seja, não vinculado ao Conselho de Segurança e com o mesmo *status* da Corte Internacional de Justiça.

Um outro ponto positivo é que o mesmo recebe um **caráter permanente**, onde sua competência está definida em seu artigo 5º<sup>8</sup>, que para os que apóiam tal tratado, o nascimento de uma jurisdição permanente universal é um grande passo em direção da universalidade dos direitos humanos e do respeito do direito internacional.

Ademais, o TPI atuará de **forma subsidiária**, ou seja, somente agirá quando os órgãos judiciários nacionais não possuírem capacidade com independência ou mesmo não atuarem, como já fora explicado tal atribuição quando da explicação a respeito do Princípio da Complementariedade.

**Flávia Piovesan** optou pelo posicionamento **pro Estatuto**, “a respeito da relação entre o ordenamento jurídico interno brasileiro e o Estatuto de Roma, pode-se afirmar que, em linhas gerais, este é compatível com o ordenamento jurídico interno.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Artigo 5º: A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes: O crime de genocídio; Os crimes contra a humanidade; Os crimes de guerra; O crime de agressão. O Tribunal exercerá jurisdição sobre o crime de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre tais crimes. Tal dispositivo será compatível com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p.76

- multa;
- confisco de bens procedentes direta ou indiretamente da prática do crime.

Ao culpado, quanto o local de cumprimento da pena, não será necessariamente o país de sua origem, por conseguinte a pena poderá ser cumprida em um dos Estados-partes.

Tem o réu ainda, o direito de ter sua pena reduzida depois do cumprimento de um terço da mesma, ou de 25 anos, no caso de prisão perpétua, importando a colaboração prestada pelo mesmo durante o julgamento.

À sua pena, poderá ser acrescida uma reparação às vítimas, sob a forma de reabilitação ou indenização, que será paga pelo réu ou por um *Fundo Fiduciário*, especialmente criado para esse fim, constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados-partes.

Importante a menção ao artigo 26, onde há a exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos. Dessa forma, não terá jurisdição o Tribunal Penal Internacional sobre os menores de idade no momento da prática do crime.

## 2 AS VANTAGENS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional causa uma discordância entre os doutrinadores brasileiros, onde há os que são a favor de tal tratado e outros que são terminantemente contra, dessa forma explanaremos as questões suscitadas sobre o TPI durante e após seu processo de ratificação, pois o referido tratado já fora incorporado à nosso ordenamento pátrio.

De início, consideremos **as vantagens trazidas pelo TPI**. Sabemos que tal tratado foi criado para resolver problemas anteriores em relação a outros tribunais, como exemplo o Tribunal

da ex-Iugoslávia, no qual havia depoimentos de que não eram imparciais em seus julgamentos, onde era utilizado para cometer vinganças. Assim sendo, o TPI vem taxado de **forma autônoma**, ou seja, não vinculado ao Conselho de Segurança e com o mesmo *status* da Corte Internacional de Justiça.

Um outro ponto positivo é que o mesmo recebe um **caráter permanente**, onde sua competência está definida em seu artigo 5<sup>o</sup>, que para os que apóiam tal tratado, o nascimento de uma jurisdição permanente universal é um grande passo em direção da universalidade dos direitos humanos e do respeito do direito internacional.

Ademais, o TPI atuará de **forma subsidiária**, ou seja, somente agirá quando os órgãos judiciários nacionais não possuírem capacidade com independência ou mesmo não atuarem, como já fora explicado tal atribuição quando da explicação a respeito do Princípio da Complementariedade.

**Flávia Piovesan** optou pelo posicionamento **pro Estatuto**, “a respeito da relação entre o ordenamento jurídico interno brasileiro e o Estatuto de Roma, pode-se afirmar que, em linhas gerais, este é compatível com o ordenamento jurídico interno...”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Artigo 5<sup>o</sup>: A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes: O crime de genocídio; Os crimes contra a humanidade; Os crimes de guerra; O crime de agressão. O Tribunal exercerá jurisdição sobre o crime de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre tais crimes. Tal dispositivo será compatível com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p.76

Afirma que tal compatibilidade se dá pelo menos por três razões. Primeiro, o TPI adere a **regras de direito material**, que já foram adotadas em diversos tratados ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. A segunda razão consiste em que o Estatuto apresenta diversas **semelhanças**, inclusive o mecanismo internacional de proteção aos direitos humanos contidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos que o Brasil em 3 de dezembro de 1998 a ratificou. Finalizando, de acordo com o artigo **Art. 7º** do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>10</sup>, a Carta de 1988 já demonstrava o interesse pela formação de um tribunal semelhante ao TPI<sup>11</sup>.

E em relação às controvérsias existentes afirma que seria importante:

No sentido de adaptar plenamente a legislação brasileira ao Estatuto de Roma, defende-se que a adoção de legislação ordinária constituiria a via mais adequada para definir, no âmbito normativo interno, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, possibilitando, assim, o exercício da jurisdição primária pelo Estatuto brasileiro. A legislação ordinária poderia, ademais, dispor sobre a cooperação com o aludido Tribunal.<sup>12</sup>

Importante salientar é que este Tribunal já iniciou suas atividades, como exemplo, é o julgamento do ex-presidente

<sup>10</sup> A Constituição Federal de 1988 determina no Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

<sup>11</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.p.77

<sup>12</sup> Idem.,p.77

da antiga Iugoslávia Slobodan Milosevic, estando o mesmo respondendo a processo por crimes contra a humanidade. Esse fato representa um marco na defesa do homem e de seus direitos fundamentais. E o Tribunal Penal Internacional reflete a tentativa da comunidade internacional de julgar e punir pessoas que cometam crimes contra a humanidade, tendo como objetivo fundamental evitar a impunidade, com espelho num passado não tão longínquo, onde os "Ditadores do Poder" cometiam seus crimes, suas atrocidades contra os cidadãos e ficavam impunes. Como exemplo dentre tantos, Adolf Hitler, Saddam Hussein<sup>13</sup>.

### 3 OS PROBLEMAS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Inversamente às vantagens acima mencionadas, existem os **problemas** acerca do Estatuto de Roma. Dessa forma verificamos-los.

#### 3.1 Da Entrega de Pessoas ao Tribunal Penal Internacional

Em um de seus artigos, o TPI exige a **extradição do cidadão** que será julgado pelo mesmo, porém a Carta de 1988 proíbe expressamente a extradição de brasileiros exceto aos brasileiros naturalizados e nos casos conferidos em tal Sistema<sup>14</sup>.

Poderíamos pensar, então, numa possibilidade de dirimir tal conflito, que seria a adoção de reservas, sendo esta a forma de que tem os países para quando do aceite de tratados negarem a vigência de cláusulas contrárias a seu ordenamento

<sup>13</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. Corte de Haia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2007.

<sup>14</sup> Art. 5º, LI, da CF/88

Afirma que tal compatibilidade se dá pelo menos por três razões. Primeiro, o TPI adere a **regras de direito material**, que já foram adotadas em diversos tratados ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. A segunda razão consiste em que o Estatuto apresenta diversas **semelhanças**, inclusive o mecanismo internacional de proteção aos direitos humanos contidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos que o Brasil em 3 de dezembro de 1998 a ratificou. Finalizando, de acordo com o artigo **Art. 7º** do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>10</sup>, a Carta de 1988 já demonstrava o interesse pela formação de um tribunal semelhante ao TPI<sup>11</sup>.

E em relação às controvérsias existentes afirma que seria importante:

No sentido de adaptar plenamente a legislação brasileira ao Estatuto de Roma, defende-se que a adoção de legislação ordinária constituiria a via mais adequada para definir, no âmbito normativo interno, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, possibilitando, assim, o exercício da jurisdição primária pelo Estatuto brasileiro. A legislação ordinária poderia, ademais, dispor sobre a cooperação com o aludido Tribunal.<sup>12</sup>

Importante salientar é que este Tribunal já iniciou suas atividades, como exemplo, é o julgamento do ex-presidente

<sup>10</sup> A Constituição Federal de 1988 determina no Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

<sup>11</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.p.77

<sup>12</sup> Idem.,p.77

da antiga Iugoslávia Slobodan Milosevic, estando o mesmo respondendo a processo por crimes contra a humanidade. Esse fato representa um marco na defesa do homem e de seus direitos fundamentais. E o Tribunal Penal Internacional reflete a tentativa da comunidade internacional de julgar e punir pessoas que cometam crimes contra a humanidade, tendo como objetivo fundamental evitar a impunidade, com espelho num passado não tão longínquo, onde os "Ditadores do Poder" cometiam seus crimes, suas atrocidades contra os cidadãos e ficavam impunes. Como exemplo dentre tantos, Adolf Hitler, Saddam Hussein<sup>13</sup>.

### 3 OS PROBLEMAS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Inversamente às vantagens acima mencionadas, existem os **problemas** acerca do Estatuto de Roma. Dessa forma verificamos-los.

#### 3.1 Da Entrega de Pessoas ao Tribunal Penal Internacional

Em um de seus artigos, o TPI exige a **extradição do cidadão** que será julgado pelo mesmo, porém a Carta de 1988 proíbe expressamente a extradição de brasileiros exceto aos brasileiros naturalizados e nos casos conferidos em tal Sistema<sup>14</sup>.

Poderíamos pensar, então, numa possibilidade de dirimir tal conflito, que seria a adoção de reservas, sendo esta a forma de que tem os países para quando do aceite de tratados negarem a vigência de cláusulas contrárias a seu ordenamento

<sup>13</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. Corte de Haia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2007.

<sup>14</sup> Art. 5º, LI, da CF/88

jurídico. Dessa forma, o Brasil ratificaria o tratado com cláusulas que preservassem os dispositivos do ordenamento jurídico pátrio em choque com tal Estatuto, todavia o TPI não admite o referido procedimento, conforme seu dispositivo 120<sup>15</sup>, no qual ou aceita o tratado integralmente ou não o aceita, gerando assim uma séria incompatibilidade entre os textos.

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam que essas controvérsias já foram sanadas pelo nosso ordenamento, pois a estes deveres ratificados foram classificados em **atos de cooperação**, subdivididos em *atos de entrega de pessoas à jurisdição do tribunal*, *os atos instrutórios diversos* e finalmente, *os atos de execução das penas*.<sup>16</sup>

O primeiro ato de cooperação dá-se pelo dever dos Estados de entrega (*surrender*) das pessoas acusadas, na qual o julgamento foi considerado admissível pela Corte, mas daí que surge a controvérsia, pois seria este ato de entrega confundível com a extradição proibida por nossa lei maior?

Respondendo, André de Carvalho Ramos considera:

Sucintamente, dado o escopo deste estudo, define-se extradição como o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado ou já condenado por um delito à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo. A constituição brasileira determina que é o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para decidir sobre o deferimento da extradição solicitada por um Estado

estrangeiro. O procedimento de extradição pode ser definido como sendo um *juízo de deliberação*, no qual o Supremo Tribunal Federal analisa os requisitos formais do pedido de extradição, que vêm a ser as exigências mínimas existentes na lei brasileira, sem entrar no mérito do processo legal estrangeiro, da culpabilidade ou não do extraditando.

Complementa que, de acordo com o dispositivo 102<sup>17</sup> do Estatuto está expresso a diferença entre a extradição e o “surrender”, na qual a primeira é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre *Estados Soberanos* e o segundo é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como exemplo, o Estatuto de Roma.<sup>18</sup>

Assim, o que se entende é que não haveria impedimento constitucional ao ato de detenção e entrega do acusado brasileiro, pois nossa Lei Maior apenas proíbe a extradição de nacionais, contudo o brasileiro não estaria sendo remetido a outro país, mas a uma organização internacional representando esta a comunidade ou uma forma de extensão dos Estados.

### 3.2 Da Prisão Perpétua

Outro ponto inconciliável é em relação a uma das punições contidas em tal tratado que é a **pena em caráter**

<sup>17</sup> Artigo 102: Termos utilizados Para os fins do presente Estatuto: Por “entrega” se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; Por “extradição” se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno. Cf. no Site Oficial do “TPI”: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

<sup>18</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.270

<sup>15</sup> Site Oficial do **Tribunal Penal internacional**. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 16 set. 2007.

<sup>16</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.267.

jurídico. Dessa forma, o Brasil ratificaria o tratado com cláusulas que preservassem os dispositivos do ordenamento jurídico pátrio em choque com tal Estatuto, todavia o TPI não admite o referido procedimento, conforme seu dispositivo 120<sup>15</sup>, no qual ou aceita o tratado integralmente ou não o aceita, gerando assim uma séria incompatibilidade entre os textos.

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam que essas controvérsias já foram sanadas pelo nosso ordenamento, pois a estes deveres ratificados foram classificados em **atos de cooperação**, subdivididos em **atos de entrega de pessoas à jurisdição do tribunal**, **atos instrutórios diversos** e finalmente, **os atos de execução das penas**.<sup>16</sup>

O primeiro ato de cooperação dá-se pelo dever dos Estados de *entrega (surrender) das pessoas acusadas*, na qual o julgamento foi considerado admissível pela Corte, mas daí que surge a controvérsia, pois seria este ato de entrega confundível com a extradição proibida por nossa lei maior?

Respondendo, André de Carvalho Ramos considera:

Sucintamente, dado o escopo deste estudo, define-se extradição como o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado ou já condenado por um delito à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo. A constituição brasileira determina que é o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para decidir sobre o deferimento da extradição solicitada por um Estado

<sup>15</sup> Site Oficial do **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 16 set. 2007.

<sup>16</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.267.

estrangeiro. O procedimento de extradição pode ser definido como sendo um *juízo de delibação*, no qual o Supremo Tribunal Federal analisa os requisitos formais do pedido de extradição, que vêm a ser as exigências mínimas existentes na lei brasileira, sem entrar no mérito do processo legal estrangeiro, da culpabilidade ou não do extraditando.

Complementa que, de acordo com o dispositivo 102<sup>17</sup> do Estatuto está expresso a diferença entre a extradição e o “surrender”, na qual a primeira é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre *Estados Soberanos* e o segundo é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como exemplo, o Estatuto de Roma.<sup>18</sup>

Assim, o que se entende é que não haveria impedimento constitucional ao ato de detenção e entrega do acusado brasileiro, pois nossa Lei Maior apenas proíbe a extradição de nacionais, contudo o brasileiro não estaria sendo remetido a outro país, mas a uma organização internacional representando esta a comunidade ou uma forma de extensão dos Estados.

### 3.2 Da Prisão Perpétua

Outro ponto inconciliável é em relação a uma das punições contidas em tal tratado que é a **pena em caráter**

<sup>17</sup> Artigo 102: Termos utilizados Para os fins do presente Estatuto: Por “entrega” se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; Por “extradição” se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno. Cf. no Site Oficial do “TPI”: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

<sup>18</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.270

**perpétuo**<sup>19</sup>, onde de acordo com nossa *Lex Mater* tal situação consiste em *Cláusula Pétreia*, da mesma forma a extradição, não podendo ser alteradas nem por emendas constitucionais.

Por estes motivos gerais, analisaremos então posicionamentos específicos de alguns estudiosos do tema, para compreendermos melhor o TPI.

**Dimitri Dimoulis** é totalmente **contra a ratificação do TPI pelo Brasil**.

De início ele critica a forma literal inserida pelo § 4º do artigo 5º, CF/88:

§ 4º “O Brasil se **submete** à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, na qual:

[...] a declaração de “submissão” do soberano produz efeitos políticos que vão além da imediata mensagem normativa, que consiste na aceitação de regras e decisões da justiça penal internacional: sinaliza a vontade política de flexibilização da soberania nacional-popular. A consequência é que os discursos teóricos sobre os processos de derrubada da soberania nacional no âmbito da globalização e as críticas sobre as práticas de submissão dos governantes em países periféricos com ausência de projetos de desenvolvimento adquiriram suporte normativo com autoproclamação da “submissão” do Brasil em seu texto constitucional.<sup>20</sup>

Em seguida, foi atingido de forma negativa o TPI, pois de acordo com suas pesquisas e mesmo com um aceite considerável pelos países, o Estatuto de Roma suscitou

<sup>19</sup> Art. 5º, XLVII, da CF/88.

<sup>20</sup> TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro, op.cit., p.109

indesejáveis críticas, como por exemplo, a de adotarem um modelo de justiça seletivo e parcial, optando como forma de atuação de proteção aos direitos humanos a **via repressiva**, donde a punição só pode servir para, “a estigmatização, o desprezo, a segregação, a expulsão dos acusados e condenados. Ora, tais tratamentos, literalmente desumanos e degradantes, deveriam, em vez do entusiasmo que inspira o TPI na maioria dos doutrinadores, causar arrepio a qualquer defensor dos direitos humanos.”<sup>21</sup>

Suscitou também acerca do **Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)** afirmando que a interpretação dada com apoio ao TPI não é a mais coerente, em virtude de outros tribunais existentes referentes à proteção de direitos humanos, como exemplo a Corte Interamericana, que fiscaliza a aplicação de Convenções internacionais de tais direitos sem exercer competências penais, concluindo que a EC45/04 optou pela utilização de tutela aos direitos humanos mecanismos penais, reconhecendo o Estatuto de Roma para apuração de responsabilidades individuais e da aplicação de penas criminais, inclusive a prisão em caráter perpétuo.<sup>22</sup>

Contudo, como acima já fora afirmado, o Brasil embora tenha votado favoravelmente a implementação do TPI, manifestou sua preocupação com a proibição das penas de caráter perpétuo pela Constituição da República.

Quanto aos atos instrutórios e o TPI, os crimes que estão inseridos na sua competência caracterizam-se como imprescritíveis, o que no Brasil difere, sendo os imprescritíveis a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou

<sup>21</sup> Idem, p.112

<sup>22</sup> Idem, p.113



militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático<sup>23</sup>, ou seja, necessário se faz o esclarecimento do renomeado autor André de Carvalho Ramos:

[...] para a extradição, o crime poderia ser considerado prescrito. Mas, para a entrega, não. Esta diferenciação encontra-se consagrada no Princípio II da Resolução 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas relativa aos crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade, que expressamente estipula que “o fato da lei interna não estipular pena para um ato consistente em crime de direito internacional não exime o criminoso de sua responsabilidade perante o direito internacional.”<sup>24</sup>

Por fim, aos atos de execução das penas, o ato de entrega também diverge pelo menos no que está expresso nas suas regulamentações. O que se quer afirmar é que como condição para o deferimento da extradição necessário se faz que o Estado solicitante assuma o compromisso de não aplicar a pena de morte, aplicando então a pena privativa de liberdade.<sup>25</sup>

No entanto, o Supremo Tribunal Federal não pacifica acerca da pena em caráter perpétuo para aplicação dos enviados ao julgamento, todavia já houve decisões a favor e contra da aplicação da pena em caráter perpétuo em casos de extraditados<sup>26</sup>

A visão da maioria do STF coaduna-se com o disposto no TPI, tendo a diplomacia brasileira desconsiderado esta já não tão recente posição de nossa Corte Máxima, quando alegou

<sup>23</sup> Art. 5º, XLII e XLIV, da CF/88

<sup>24</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai, op.cit., p.272

<sup>25</sup> Lei n. 6.815/1980

<sup>26</sup> Idem, p.274

que a existência da vedação à pena perpétua em nossa Constituição poderia contrariar o Estatuto de Roma.<sup>27</sup>

Urge então enxergarmos os pontos positivos do referido tratado, pois em virtude da EC45/04 ele estar inserido na nossa Constituição Federal.

### 3.3 Imprescritibilidade dos Crimes

O art. 29 do Tratado de Roma prevê que: “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

Entretanto, a Constituição Federal dispõe que a imprescritibilidade de crimes se dá apenas nos crimes de racismo (art. 5º, XLII) e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Dessa forma, considera-se que as normas constitucionais restritivas de prescritibilidade, apesar de serem formalmente constitucionais, materialmente não o são, podendo ser o rol contido na Constituição Federal alargado por lei ordinária ou por tratado internacional.<sup>28</sup>

### 3.4 A Relativização da Coisa Julgada

A segurança jurídica decorrente de uma relação jurídica definida pela coisa julgada, pelo ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido é cláusula pétrea prevista no inciso XXXVI

<sup>27</sup> Idem, p.274

<sup>28</sup> CARLOMAGNO, Fernando. Pontos Convergentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Legislação Nacional. *Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>> Acesso em: 20 set. 2007.

do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de verdadeiro preceito qualificado como garantia individual do cidadão em face dos outros indivíduos ou do Poder Público.

Contudo, o Estatuto de Roma, em seus artigos 17 e 20, relativiza a coisa julgada, pois concede ao TPI o poder de proceder a novo julgamento do caso quando entender que no julgamento originário ocorrerá objetivo de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal ou de que não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial.

Assim, é de se notar que, quando houver julgamento de casos passíveis de competência do TPI, o acusado estará em situação de insegurança com os princípios constitucionais de seu país, na qual ocorrerá violação a cláusula pétrea protegida pela Carta Magna.

### 3.5 Ausência de Imunidade aos Agentes Públicos

De acordo com o Estatuto de Roma, estão sujeitos a este Tribunal todas as pessoas de forma igual, sem qualquer distinção, independentemente de qualquer função oficial. Assim, haverá isenção de ninguém em caso algum da responsabilidade penal, nem constituirá motivo para redução de pena.

Em seu artigo 27 está previsto que, as imunidades ou normas processuais especiais que sejam inerentes à capacidade oficial de uma pessoa, tanto nos termos do disposto no direito nacional como do direito internacional, não impedirão o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre tal pessoa.

Nestes termos, sabemos que a incidência da legislação penal brasileira é bastante diferente desse Estatuto, pois há a imunidade para algumas pessoas, a depender do seu cargo público.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento e fortalecimento do Tribunal Penal Internacional representam uma forma de compensar as vítimas, suas famílias, sobreviventes e toda a humanidade de crimes bárbaros, atroz e até então sem culpados ou sem um órgão com competência e autonomia para fazer com que a impunidade seja erradicada. Além de evitar que estas barbáries se repitam no futuro.

A adesão do Brasil ao Estatuto de Roma deve ser vista de forma positiva, por caracterizar um avanço importante na consolidação das perspectivas democrática desejada pelo Brasil, pois vivemos em um mundo onde os governos, sob a ótica global, encontram-se vinculados pelos compromissos decorrentes da globalização, ou seja, suas dificuldades, suas necessidade em comunicar-se com os demais povos ficam cada vez mais estreitas, principalmente pela facilidade e necessidade de cooperação e comunicação entre os países.

Contudo, a criação do Tribunal Penal Internacional que nasceu para ajudar a comunidade global a combater as injustiças provenientes das práticas dos crimes de alta gravidade e tornar mais próximo, ou menos desacreditado os antigos sonhos sobre a existência de um mundo mais digno, justo e humano, livre das formas de violência e opressão contra o ser humano.

## 5 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARLOMAGNO, Fernando. Pontos Convergentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Legislação Nacional. **Jus**

do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de verdadeiro preceito qualificado como garantia individual do cidadão em face dos outros indivíduos ou do Poder Público.

Contudo, o Estatuto de Roma, em seus artigos 17 e 20, relativiza a coisa julgada, pois concede ao TPI o poder de proceder a novo julgamento do caso quando entender que no julgamento originário ocorrera objetivo de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal ou de que não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial.

Assim, é de se notar que, quando houver julgamento de casos passíveis de competência do TPI, o acusado estará em situação de insegurança com os princípios constitucionais de seu país, na qual ocorrerá violação a cláusula pétrea protegida pela Carta Magna.

### 3.5 Ausência de Imunidade aos Agentes Públicos

De acordo com o Estatuto de Roma, estão sujeitos a este Tribunal todas as pessoas de forma igual, sem qualquer distinção, independentemente de qualquer função oficial. Assim, haverá isenção de ninguém em caso algum da responsabilidade penal, nem constituirá motivo para redução de pena.

Em seu artigo 27 estar previsto que, as imunidades ou normas processuais especiais que sejam inerentes à capacidade oficial de uma pessoa, tanto nos termos do disposto no direito nacional como do direito internacional, não impedirão o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre tal pessoa.

Nestes termos, sabemos que a incidência da legislação penal brasileira é bastante diferente desse Estatuto, pois há a imunidade para algumas pessoas, a depender do seu cargo público.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento e fortalecimento do Tribunal Penal Internacional representam uma forma de compensar as vítimas, suas famílias, sobreviventes e toda a humanidade de crimes bárbaros, atroz e até então sem culpados ou sem um órgão com competência e autonomia para fazer com que a impunidade seja erradicada. Além de evitar que estas barbáries se repitam no futuro.

A adesão do Brasil ao Estatuto de Roma deve ser vista de forma positiva, por caracterizar um avanço importante na consolidação das perspectivas democrática desejada pelo Brasil, pois vivemos em um mundo onde os governos, sob a ótica global, encontram-se vinculados pelos compromissos decorrentes da globalização, ou seja, suas dificuldades, suas necessidade em comunicar-se com os demais povos ficam cada vez mais estreitas, principalmente pela facilidade e necessidade de cooperação e comunicação entre os países.

Contudo, a criação do Tribunal Penal Internacional que nasceu para ajudar a comunidade global a combater as injustiças provenientes das práticas dos crimes de alta gravidade e tornar mais próximo, ou menos desacreditado os antigos sonhos sobre a existência de um mundo mais digno, justo e humano, livre das formas de violência e opressão contra o ser humano.

## 5 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARLOMAGNO, Fernando. **Pontos Convergentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Legislação Nacional.** Jus

**Vigilantibus.** Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Corte de Haia. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2007.

LEWANDOWISKY, Enrique R. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **SciELO.** Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 3. ed. [S.l.]: Max Limonad, 1997

Site Oficial do **Tribunal Penal internacional.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 16 set. 2007.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro ; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

## O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS

*Natália Cabral Alves Toscano Caldas*

Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo (AESO). Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape; Advogada.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ESTRUTURADOR E CONFORMADOR DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS. 2 AS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS. 2.1 As uniões homoafetivas: junção de pessoas do mesmo sexo. 2.2 Os tipos inonimados de entidades familiares. 2.3 As famílias simultâneas: o concubinato adúltero. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

Por ser um assunto hodierno e de grande interesse no universo jurídico e social, o presente trabalho objetiva tratar, de forma sucinta e introdutória, do reconhecimento jurídico das entidades familiares afetivas, representando este um dos muitos temas abarcados pelo ramo da ciência jurídica que mais frequentemente se modifica: O Direito de Família.

**Vigilantibus.** Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Corte de Haia. **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2007.

LEWANDOWISKY, Enrique R. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **SciELO.** Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 3. ed. [S.l.] : Max Limonad, 1997

Site Oficial do **Tribunal Penal internacional.** Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 16 set. 2007.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro ; ALARCÓN, Pietro. **Reforma do Judiciário, analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

## O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS

*Natália Cabral Alves Toscano Caldas*

Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo (AESO). Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape; Advogada.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ESTRUTURADOR E CONFORMADOR DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS. 2 AS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS. 2.1 As uniões homoafetivas: junção de pessoas do mesmo sexo. 2.2 Os tipos inonimados de entidades familiares. 2.3 As famílias simultâneas: o concubinato adulterino. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

### INTRODUÇÃO

Por ser um assunto hodierno e de grande interesse no universo jurídico e social, o presente trabalho objetiva tratar, de forma sucinta e introdutória, do reconhecimento jurídico das entidades familiares afetivas, representando este um dos muitos temas abarcados pelo ramo da ciência jurídica que mais frequentemente se modifica: O Direito de Família.

Na atual conjectura do país, a importância do trabalho se associa à multiplicidade de organizações familiares criadas pelo homem, que vão muito além do singelo instituo do matrimônio. Tal fato não pode ser ignorado pelos legisladores e aplicadores da lei, a quem a sociedade delegou a poder e o dever de protegê-la.

Para se alcançar o objetivo precípuo desta pesquisa, será demonstrado que o rol de entidades familiares elencadas no art. 226 da Lei Maior é enunciativo, protegendo esta lei, de forma implícita, as entidades familiares afetivas.

Contudo, diante da diversidade de formações familiares existentes na sociedade brasileira, limitar-se-á nesse momento à explanação dos agrupamentos afetivos que com mais frequência se observa na ordem social: as uniões homoafetivas, o concubinato adulterino e o que a doutrina e a jurisprudência hoje denominam de tipos familiares inonimados. Salienta-se que as propostas aqui apresentadas, apesar de novas, foram formuladas sob embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial, e não de forma incoerente e aleatória.

Para a sustentação dessa idéia, será demonstrado que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana representa o alicerce da defesa deste trabalho. Considerando que é o vínculo da afetividade o elemento gerador das entidades familiares, só havendo respeito a este laço afetivo e ao homem, se observado for o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sob pena de violação dos fundamentos norteadores de um Estado Democrático de Direito e garantidor da paz social.

## 1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ESTRUTURADOR E CONFORMADOR DAS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS

Para uma melhor compreensão da dignidade da pessoa humana, necessário se faz conceituá-la, tarefa que ainda hoje gera controvérsias entre juristas e estudiosos do assunto em todo o país. De modo geral, porém, a maior parte da doutrina entende que a dignidade da pessoa humana representa uma qualidade moral e espiritual inerente ao indivíduo, que independe de sua condição e das circunstâncias concretas que o cercam, constituindo elemento irrenunciável e inalienável que qualifica o homem.

Nesse sentido, dispõe Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>1</sup>

No Brasil, esta concepção da importância do respeito ao ser humano e à sua dignidade é encontrada de forma nítida no atual Pergaminho Constitucional, que inseriu no rol dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, concedendo a esta *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 60.

Nesse contexto, o supracitado princípio exerce essencial papel na organização social e política do Estado, podendo ser concebido como elemento estruturador e conformador dos demais princípios constitucionais e dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>2</sup> No que tange ao Direito de Família, especial atenção deve ser reservada ao direito à vida, à igualdade e à liberdade.

No contexto familiar ora abordado, se esclarece: o princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se com o direito à vida, ao assegurar o respeito aos pressupostos essenciais de desenvolvimento de uma vida digna; quanto ao direito à liberdade, o princípio agora em análise pode ser explicitado pela possibilidade das entidades familiares escolherem livremente, mediante o vínculo da afetividade, os membros e o modo familiar o qual melhor atenda a seus anseios familiares; e, por último, o direito à liberdade, a ele se interliga no sentido de garantir a aplicação do mesmo tratamento legal aos diferentes membros das entidades familiares, sendo vedado qualquer tipo de distinção entre filhos adotivos e naturais.<sup>3</sup>

Na atualidade, percebe-se que apesar dos valores culturais e morais, herdados das famílias patriarcais pelos grupos familiares contemporâneos, a existência de entidades afetivas constitui uma realidade inegável do país. A reserva de proteção constitucional apenas às entidades familiares explicitamente contidas no art. 226, da Lei Maior, implica na colocação à margem do ordenamento jurídico pátrio das entidades afetivas. Tal marginalização atinge diretamente a dignidade dos membros que integram estes grupos afetivos, de forma a não sa-

<sup>2</sup> MORAES, Mabel Cristiane. A proteção dos direitos humanos e sua interpretação diante do princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 25/06/2006.

<sup>3</sup> LÔBO, Pulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 24/03/2006.

tisfazer os anseios sociais e correndo o risco de incidir em uma regressão ao Estado ditador e repressor.

Para destacar a importância do assunto, transcreva-se a seguinte passagem:

O Direito não tem o condão de exprimir como a família deva ou não ser composta ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em menção à família, o campo de atuação do Estado tem de ser limitado ao controle da observação dos princípios orientadores, cabendo aos indivíduos a liberdade quanto à formação e condução das relações. Se a família respeitar a dignidade de seus membros, a igualdade entre eles e a liberdade, e, se houver a prevalência das relações afetivas, o operador deverá apenas aplaudir como espectador.<sup>4</sup>

Os operadores do Direito devem sempre trabalhar em conjunto, um suprimindo a omissão do outro. Ao elaborar a Lei, o legislador, como ser humano, não pode prever todas as situações que se originam na vivência cotidiana, cabendo ao aplicador do direito invocar os princípios constitucionais para a resolução das lides, optando pela atitude que traga mais benefícios do que prejuízos.

Logo, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana representa princípio constitucionalmente previsto, deve ele ser utilizado pelos órgãos judiciais para o reconhecimento das entidades afetivas como formações familiares, não lhes

<sup>4</sup> PEREIRA, Renata de Lima. O reconhecimento jurídico das entidades familiares afetivas: uma análise baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Recife, PE. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

cabendo julgar o porquê das pessoas viverem em comunidades afetivas, mas apenas promover seu reconhecimento sem discriminações.

Neste prisma, figura o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento garantidor da existência das entidades afetivas, não constituindo o rol de entidades familiares contido no art. 226 da Constituição Federal *numerus clausus*.

De acordo com a doutrina:

Sujeitos de deveres são os Estados, a família e a sociedade, que devem propiciar os meios de realização da dignidade pessoal, impondo-se-lhes o reconhecimento da natureza de família a tidas entidades com fins afetivos. A exclusão de qualquer delas, sob impulso de valores outros, viola o princípio da dignidade da pessoa humana....

... Se as pessoas vivem em comunidades afetivas não implícitas no art. 226, por livre escolha ou por circunstâncias existenciais, sua dignidade apenas estará garantida com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações.<sup>5</sup>

## 2 AS ENTIDADES FAMILIARES AFETIVAS

A doutrina contemporânea majoritária entende serem as entidades familiares afetivas todas as unidades integradas pela manifestação do afeto, através da convivência, ostensividade e estabilidade.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 25/03/2006.

<sup>6</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 24/04/2006.

Nesse sentido, podem ser citados os arranjos afetivos mais comuns, nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo:

São unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras:

...

g - união de parentes e pessoas que vivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que as chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;

h - pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;

i - uniões homossexuais de caráter afetivo e sexual;

j - uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou ambos os companheiros, com ou sem filhos;

l - comunidade afetiva com "filhos de criação", segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.<sup>7</sup>

Todas essas supracitadas formas de unidade familiar possuem como elemento fundante o vínculo afetivo. Correspondem a grupos familiares criados livremente, de caráter duradouro, que se apresentam publicamente como se uma família fossem. Dessa maneira, preenchem todos os requisitos necessários para sua conceituação como modalidade de entidade familiar, e, como tais, merecedoras do amparo legal, em especial constitucional.

<sup>7</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 25/03/2006.



O art. 226, § 8º, da Lei Maior, ao dispor que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, demonstra a preocupação do legislador brasileiro com cada ente da família, com a pessoa humana; ao contrário do que vinha acontecendo nos diplomas constitucionais anteriores, cuja atenção voltava-se, apenas, para a família de forma geral.

Ao se combinar os princípios constitucionais, com o art. 226, § 8º deste mesmo Pergaminho Magno, verifica-se que o legislador previu outros tipos de famílias, mesmo que de maneira subliminar, que, agora, são denominadas de afetivas.

Ao inadmitir a existência de entidades afetivas implicitamente constitucionalizadas, estar-se-á privando estas famílias de usufruírem de direitos afetos às relações familiares, como: meação, usufruto, habitação, alimentos, entre outros, que na atualidade são concedidos às entidades explicitamente resguardadas pela Lei Maior.<sup>8</sup>

Somando-se à omissão legislativa (que não proíbe de forma expressa o respaldo constitucional às entidades familiares afetivas) os princípios constitucionais, com ênfase na dignidade da pessoa humana, percebe-se que a Lei Maior amparou implicitamente estas entidades afetivas, cuja marginalização implica na violação à dignidade de seus componentes, não satisfazendo os novos anseios da família brasileira contemporânea.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **União homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. Disponível em :<www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 17/07/2006.

## 2.1 As uniões homoafetivas: junção de pessoas do mesmo sexo

Com o advento do cristianismo, a concepção antiga sobre as relações entre sexos foi radicalmente invertida. A Bíblia passou a cultuar as junções heterossexuais, restringindo-as ao fim da procriação e, conseqüentemente, inadmitiu a existência das relações homossexuais, taxando-as como grave transgressão aos valores por ela pregados.<sup>9</sup>

A ciência brasileira já apresentou diversos estudos e conclusões acerca das relações entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, todas as teses já expostas pela comunidade científica sobre o assunto, são imprecisas e refutáveis, continuando a homossexualidade a ser um enigma para a ciência, em especial, para a Psicanálise.

A junção de todos esses elementos culturais acabou por refletir fortemente na sociedade brasileira, que possui grande dificuldade de aceitar e conviver de forma natural com essas uniões, que embora cada vez mais freqüentes, são previamente rotuladas e discriminadas pela população.

Sob o prisma jurídico, escassa é a proteção estatal aplicada às supracitadas uniões, havendo doutrinadores que defendem sua exclusão do ordenamento jurídico e negem sua essência familiar, com base no absurdo argumento da impossibilidade de procriação entre seus membros, acreditando que elas apenas buscam a realização sexual.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> SOUZA, Ivone Coelho de. **Homossexualismo: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 112.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: preconceito e justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 19-20.

Inadmissível é aceitar a ausência de amparo por parte do Estado às uniões homoafetivas, sobretudo acolhendo-se o argumento de que estas não são dotadas de capacidade biológica de conceber um filho. Ora, se para que o casamento seja válido ou a união estável reconhecida, não é necessário a existência de uma prole, ou ainda, pode esta ser criada mediante a adoção de crianças ou adolescentes, não acolhe razão o argumento doutrinário em comento para expulsar da ordem jurídica as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Além disso, a própria Lei Maior, ao elevar à condição de entidade familiar as famílias monoparentais, demonstrou a irrelevância e desnecessidade de ocorrência de uma relação heterossexual com capacidade de procriar para a configuração de um centro familiar merecedor de sua proteção.

Nesse contexto, esclarecedoras são as palavras de Thaysa Halima Sauáia Ribeiro:

Mesmo que se reconheça que a finalidade do matrimônio é a união legal entre o homem e a mulher, para a prática de relações sexuais e a procriação, a ausência das relações sexuais não desconfigura o casamento nem afeta sua higidez, a exemplo do casamento *in extremis*. Igualmente, ainda que o fim procriativo seja apontado como razão de ser do casamento, a falta de filhos, seja por incapacidade de conceber ou por incapacidade de gerar, não enseja sua desconstituição.<sup>11</sup>

A nação brasileira é conservadora e reluta em aceitar as mudanças sociais imperativas a todos os povos, posto

<sup>11</sup> RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. **Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais: equiparação à união estável.** Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 19/07/2006.

encontrar-se o homem em constante evolução. Compreensível, todavia é tal posição, face à latente cultura da família ocidental transmitida às famílias brasileiras. Valores morais, éticos, religiosos e sexuais geram a polêmica do tema em questão, e impedem que as uniões afetivas que se apresentem de modo diverso ao cultuado instituto do casamento sejam acolhidas.

Salienta-se que, em face da extensão e da complexidade do assunto, não se pretende neste trabalho defender a equiparação das uniões homoafetivas à união estável, como o faz parte dos estudiosos do direito. Limitar-se-á este ponto a demonstrar os laços afetivos existentes nas uniões homoafetivas e sua presença implícita nas letras do texto constitucional. Dessa maneira, em respeito aos já citados princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e vida, não deve ser acolhida a doutrina que pugna pela exclusão constitucional destas formações familiares.

A omissão legislativa sobre o assunto reflete os anseios conservadores da família nacional, colocando o aplicador do Direito em meio à árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo as uniões homoafetivas, que acabam por culminar na aplicação a estas do mesmo tratamento dado às sociedades de fato, ou seja, sob a égide do Direito das Obrigações.

Os valores constitucionais previstos no preâmbulo da Lei Maior representam o fundamento da República Federativa do Brasil, cuja finalidade é construir uma sociedade solidária, justa e digna, visando à promoção do bem-estar de todos indistintamente e sem preconceitos.<sup>12</sup> A soma de tais elementos é suficiente para criticar o atual tratamento, aplicado pelo ordenamento jurídico pátrio às relações homoafetivas, e

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. **Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição.** Disponível em: <[www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br)>. Acesso em: 20/07/2006.

defender sua proteção como entidade familiar implicitamente constitucionalizada.

Alguns Tribunais vêm demonstrando o início da mudança de visão sobre as uniões homoafetivas, conforme atesta a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação Cível 70001388982

Relator: José Carlos Teixeira Georgis

Sétima Câmara cível

Data do julgamento 14/03/2003

Ementa

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. CONTRIBUIÇÃO DOS PARCEIROS. MEAÇÃO.

I - Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeada de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

II - Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica.

III - Apelação provida, em parte para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001388982. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 14 mar. 2003.

Do exposto, percebe-se que apesar de haverem ainda amarras legais e jurídicas quanto a aceitação das entidades afetivas como formações familiares, entre elas as uniões homoafetivas, o Direito acertadamente vem progredindo e adequando-se melhor à real existência destes grupos.

## 2.2 Os tipos inonimados de entidades familiares

Peculiar é a situação desses grupos afetivos. Hodiernamente, observase que todas as entidades familiares, estejam elas implícita ou explicitamente protegidas pela Lei Maior, recebem dos operadores do Direito algum tipo de nomenclatura e definição. Os arranjos familiares, no entanto, que não se adequam nas características do casamento, da união estável, da família monoparental, da união homoafetiva ou do concubinato adulterino, não recebem da ordem jurídica qualquer tipo de conceituação específica nem tão pouco um nome. Este é o motivo pelo qual nesta ocasião serão tratadas como tipos inonimados de entidades familiares.

Diante da ausência legislativa, faz-se necessário, para uma melhor compreensão do tema, exemplificar estas entidades, reiterando-se o demonstrado no ponto 2 deste trabalho: união de parentes e pessoas conviventes em interdependência afetiva, sem pai ou mãe para a chefiar, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; comunidade afetiva com "filhos de criação", segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em : <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 25/03/2006.

Entre os agrupamentos afetivos explorados neste estudo, são os inonimados que se acredita receberem o menor número de críticas e relutâncias quanto a sua condição de família. Com efeito, valores de ordem cultural, religiosa e sexual, dificultam a natural aceitação das uniões homoafetivas e do concubinato adúlterino por parte do Estado e da sociedade. Entretanto, os mesmos valores não representam barreiras ou empecilhos para a introdução dos referidos cernes inonimados no âmbito jurídico e na simpatia da comunidade nacional.

Contudo, verifica-se que apesar da real existência destes agrupamentos inonimados e da ausência de críticas fundamentadas, a jurisprudência e a doutrina têm dedicado pouca atenção ao tema, sendo escasso o material encontrado a seu respeito.

Supracitadas entidades familiares consistem em arranjos entre pessoas que se unem com o intuito de cuidarem umas das outras, dispensando-se a existência de laço sangüíneo e interesse econômico ou sexual, enfatizando-se os vínculos afetivos entre seus membros. Ora, se possuem estes tipos inonimados de entidade familiar todos os elementos cultuados pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, merecem e necessitam estas uniões serem englobadas pelo Direito e tratadas como famílias que são afastando-se assim a ausência legislativa.

O princípio da liberdade assegura a todos o direito de formarem suas famílias seguindo seus desejos pessoais, buscando o arranjo familiar que lhe propicie bem-estar e satisfação. Cabe ao Estado promover os meios para que seus cidadãos alcancem esses fins.<sup>15</sup> Se os tipos familiares inonimados representam a união solidária e afetiva de seus integrantes, sem que

<sup>15</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p.6-8, jul./set. 2002.

sua constituição prejudique outras pessoas, motivo lógico não há para a existência de omissão por parte do Estado quanto ao assunto.

Em um estado Democrático de Direito não podem existir predileções de um modelo familiar sobre o outro. Ao contrário, todas as famílias, quaisquer que sejam sua origem ou situação, se representarem um ambiente saudável ao desenvolvimento de seus entes, protegidos devem ser.

Seguindo esse raciocínio, a jurisprudência vem lentamente reconhecendo a importância dos tipos inonimados de entidades familiares, veja-se:

Recurso Especial 159851/MG

Ministro: Ruy Rosado de Aguiar

Quarta Turma

Data do Julgamento 19/03/1998

Ementa

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS.

I - Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei. 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 159851. Brasília, DF, 19 mar. 1998.

### 2.3 As famílias simultâneas: o concubinato adúlterino

O tema é extremamente complexo e delicado. O concubinato adúlterino representa uma formação afetiva, constituída de forma duradoura, estável, livre, entre um homem e uma mulher, no qual um ou ambos encontram-se proibidos de contrair núpcias. É a união simultânea ao casamento ou a uma união estável.<sup>17</sup>

Toda esta dificuldade que cerca o assunto em comento explica-se pelo fato do princípio da monogamia reinar ainda hoje no espírito da sociedade brasileira. Grande parte da sociedade e dos operadores do Direito acreditam que as relações concubinárias adúlteras não são merecedoras de amparo por parte do Estado, havendo ainda os que defendem a aplicação de uma sanção penal aos cônjuges adúlteros.

Ocorre que o concubinato adúlterino é no presente uma realidade latente do país, possuindo a afeição, a publicidade e o interesse em construir uma família como elementos caracterizadores, estes, compartilhados com as entidades familiares constitucionalizadas de modo expreso. Sua colocação à margem do ordenamento jurídico, lhe negando existência como entidade familiar, vai contra os princípios democráticos perseguidos pelo Estado brasileiro.

Polêmica é a situação, contudo, não se objetiva neste trabalho realizar qualquer tipo de apologia à infidelidade, ou defender a equiparação do concubinato adúlterino às entidades familiares explícitas ou, menos ainda, retirar a proteção legal destas. Mas ao não considerar as uniões concubinárias

<sup>17</sup> BITTENCOURT, Edgar de Moura. *O concubinato no Direito*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1998. v. 4, p. 105.

adúlteras como entidade familiar, impossibilitando sua entrada no Direito de Família, estar-se-á privando a segunda ou demais famílias de exercerem direitos afetos às famílias que eles compõem, punindo-as em detrimento do cônjuge adúltero, responsável pela situação.

Nesse caso, haveria clara violação à dignidade da pessoa humana de cada ente familiar, especialmente no concernente aos filhos, e uma impunidade ao cônjuge infiel. Ao exonerá-lo do dever de fornecer alimentos a sua segunda família, ou proibir a divisão de seus bens com esta última, estar-se-á, na verdade, incentivando o adultério e a quebra do princípio da monogamia, posto que, se a relação não é adúltera, se configura a união estável, passando ele a ter a obrigação de prestar alimentos e repartir seus bens.

Sobre o assunto, prelecionou a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias:

... os relacionamentos simultâneos recebem denominações pejorativas e com o nome de concubinagem, concubinato adúlterino, impuro ou de má-fé, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é de não reconhecer sequer a sua existência. A depender do conhecimento da duplicidade de vidas do par, tais vínculos são colocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedade de fato. Assim, infringir o princípio da monogamia assegura privilégios.

A manutenção de duplo relacionamento gera a irresponsabilidade de quem foi infiel. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. Com isso, geralmente se pune a mulher que resta sem nada, pelo simples fato de ser traída por seu companheiro.

Quem foi infiel e desleal permanece com a titularidade patrimonial e é desonerado da obrigação de sustento de quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o parceiro foi fiel e leal, é reconhecida a união estável com o ônus de divisão de bens e obrigação alimentar. A conclusão é uma só: está a Justiça favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério!<sup>18</sup>

Ademais, afora o clássico caso do marido que mantém uma segunda família, possuindo esta pleno conhecimento do adultério, e desconhecendo a família matrimonial tal situação, o Judiciário se depara com outras situações de concubinato adulterino.

O primeiro caso é se ambas as famílias, a matrimonial e a adulterina, têm conhecimento uma da existência da outra. Esta situação é comum nas cidades de interior do Nordeste, onde se vêem homens com mais de seis companheiras, tendo cada uma sua casa e seus filhos, vivendo todas de maneira harmônica entre si e possuindo total conhecimento da situação de pluralidade familiar do cônjuge infiel, chegando-se até a determinar os dias da semana que o varão ficará com cada concubina.

Ou ainda, a chamada união putativa, quando a segunda família desconhece por completo a condição de matrimônio de seu cônjuge, acreditando piamente ser ela(e) a(o) única(o) companheira(o) de seu fiel parceiro(a), podendo a(o) consorte da união matrimonial conhecer ou não a situação.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. Disponível em: <[www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br)>. Acesso em: 15/05/2006.

Se a concubina da união adulterina, mesmo sabendo da infidelidade de seu parceiro e do desamparo legal em que se encontra, continua com a relação, motivo outro não há mais forte do que o afeto nutrido pelo companheiro, elemento este suficiente na atualidade para caracterizar uma entidade familiar. No que tange às uniões putativas, estas mais que as outras merecem amparo legal, pois representa uma forte injustiça desamparar uma relação eivada de boa-fé, que acreditava ser uma união estável, punindo-a pela infidelidade e mentira do cônjuge adúltero.

Do exposto, nota-se que são tidos como concubinato adulterino as uniões entre o homem e a mulher, de forma ostensiva, duradoura, estável, com a finalidade de formação familiar, tais quais o casamento e a união estável.

À vista disso, pode-se considera-lo uma forma de entidade familiar afetiva, e, portanto, merecedora de ser tratada judicialmente no âmbito do Direito de Família, constituindo sua exclusão da ordem jurídica uma afronta aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, e aos objetivos perseguidos por um Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação central do presente estudo pairou sobre a necessidade do reconhecimento jurídico das entidades afetivas como familiares. Para lograr êxito neste propósito, demonstrou-se que o rol de entidades familiares elencado no art. 226 da Lei Maior não representa *numerus clausus*, protegendo dita legislação, de forma implícita, as entidades familiares afetivas.

Na atual conjectura do país, observa-se que os vigentes valores de ordem cultural, moral e religiosos encontrados no âmago da sociedade brasileira tornam o presente tema complexo e divergente. Contudo, as dificuldades de se abordar um tema não podem nunca representar um empecilho para seu estudo. A mente humana deve estar sempre aberta para as inovações, e procurar desvencilhar-se de preconceito implantado pela herança histórica dos valores familiares trazidos dos povos romanos. Vendar os olhos frente à existência das entidades afetivas, ignorando-as, não promoverá seu desaparecimento.

É com base nesse fato que o direito não pode nunca se caracterizar como uma ciência estática, devendo absolver os novos anseios humanos, propiciando os meios para que todos os grupos afetivos venham a existir de forma pacífica e estável, pois não é o direito quem cria as situações, mas essas sim o antecedem.

Neste prisma, considerando que a preservação da dignidade da pessoa humana, da dignidade entre os membros da comunidade social e a liberdade que eles devem usufruir constituem pressupostos de um Estado Democrático de Direito, não compete ao legislador ou aos aplicadores do direito pátrio limitarem ou determinarem como as pessoas irão viver, ou se agrupar, pois essa decisão cabe unicamente aos cidadãos.

Nesse diapasão, os Tribunais e a doutrina vêm aos poucos modificando sua visão sobre as entidades familiares afetivas, e, de forma louvável, reconhecendo nestas uniões as famílias que realmente são. Espera-se que no menor espaço de tempo possível seja este entendimento alastrado por todo o Ordenamento Jurídico, urgindo o Constituinte modificar seu

texto para acompanhar os avanços da família moderna e incluir em seu conteúdo, de forma explícita, as entidades familiares afetivas.

Salienta-se que as entidades familiares afetivas consistem em grupos de pessoas ligadas pelo vínculo do afeto, caracterizadas pela ostensividade, com o propósito de nascerem como uma família e agirem como tal. Todas essas características são encontradas de forma clara nos hodiernos centros familiares, que abandonaram os valores da família patriarcal para buscarem sua felicidade por meio da troca de afeto.

Com todo o exposto, o que se procurou demonstrar foi que não reconhecer nos arranjos afetivos uma entidade familiar representa direta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e por conseqüência, também o princípio da igualdade e liberdade. As mudanças sociais bradadas pela sociedade requerem adaptações legais, doutrinárias e jurisprudências, sob pena de se colocar à margem do ordenamento jurídico pátrio as entidades familiares afetivas.

## REFERÊNCIAS

### Livros:

BARRETO, Vicente. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O concubinato no Direito**. V. 4. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1998. p. 105.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: preconceito e justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PEREIRA, Renata de Lima. **O reconhecimento jurídico das entidades familiares afetivas: uma análise baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana**. Recife, PE. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Ivone Coelho de. **Homossexualismo: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 112.

WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.) **Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

#### Internet:

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adulterino**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br> .Acesso em: 24 abr. 2006.

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. **A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br> .Acesso em: 14 maio 2006.

BRAVO, Maria Celina. **As entidades familiares na Constituição**. Disponível em : www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 21 fev.2006.

DIAS, Maria Berenice. **As famílias de hoje**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br> .Acesso em: 24 mar.2006.

\_\_\_\_\_. **Família, ética e afeto**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br> ;Acesso em: 15 maio 2006.

\_\_\_\_\_. **Unões homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição**. Disponível em : <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.

GRUNEICH, Danielle Fermiano. **Direitos sociais, transexualidade e princípio da pessoa humana: uma análise interdisciplinar**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <www.ibdfam.com.br> Acesso em: 25 mar.2006.

\_\_\_\_\_. **O ensino do Direito de Família no Brasil**. Disponível em: <www.ibdfam.com.br> .Acesso em: 24 mar. 2006.

MOARES, Mabel Cristiane. **A proteção dos direitos humanos e sua interação diante do princípio da dignidade da pes-**



soa humana. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>  
Acesso em: 25 jun.2006.

OLIVEIRA, Adriane Stoll. **União homossexual, família e proteção constitucional.** Disponível em: <www.ibdfam.com.br>.  
Acesso em: 10 jul.2006.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. **Considerações em torno do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em <www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 15/05/2006.

QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adúltero.** Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 15 maio 2006.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. **Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais: equiparação à união estável.** Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 19 jul.2006.

#### Periódicos:

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p.6-8, jul./set. 2002.

BENCKE, Carlos Alberto. Partilha dos bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p.20-42, jul./set. 2002.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União Estável e Concubinato no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de**

**Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p.32-44, out./nov. 2003.

#### Legislação:

BRASIL **Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. **Legislação Brasileira**: Código Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

# A QUESTÃO DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

*Rafael de Oliveira Nunes*

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco; Advogado; Pós-graduando da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DAS PROVAS. 2 O DIREITO À PROVA. 3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS. 4 DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. 5 DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS. 6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho<sup>1</sup> destina-se, primordialmente, a tratar do tortuoso tema das provas ilícitas, pelo que faremos uma contraposição entre sua vedação legal, relacionada que

<sup>1</sup> O corrente artigo foi feito com base no trabalho de pesquisa realizado para o PIBIC/UFPE/CENPq referente ao período de 2005/2006, apresentado no XIII CONIC.

está diretamente com a garantia da preservação da intimidade e "moralidade" da prova; e sua admissibilidade no processo penal, ante a efetivação do princípio da proporcionalidade.

Desta feita, perpassará os nossos estudos a temática das provas, posto que, como sabemos, fundamentais no processo, vez que não apenas orientam a aplicação da pena, como também contribuem para o próprio desenrolar processual.

Assim é que, enquanto fundamental para o processo, mormente o penal, de acordo com a forma pela qual são produzidas as provas, poderemos ter uma decisão justa ou injusta, donde toda a discussão em torno da instrução processual penal deve observar o respeito ao acusado, na consagração das garantias que lhe são inerentes.

Analisaremos, ainda, a questão das provas ilícitas, buscando sua origem, teorias e tecendo distinções das provas ilegítimas.

Em seguida, abordaremos a temática da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, quando serão objeto de nossos estudos as cinco diferentes correntes, cada qual com sua nuance, pelo que, desde já, firmamos nosso posicionamento em favor da corrente intermediária, que consagra a admissão das provas ilícitas, porém desde que sopesados os valores em jogo, ante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão, será analisado o princípio da proporcionalidade, onde buscaremos suas origens no Direito Brasileiro e sua fundamentação, analisando-o, ao final, em relação às provas ilícitas.

Por fim, cumpre salientar que a relevância do tema reside, de forma clara, quando está o juiz diante do caso concreto, em que se lhe apresentam em xeque valores de extrema relevância, cabendo ao hermeneuta e ao aplicador do direito dar a devida recepção, ou não, à prova ilícita, de acordo com o caso.

## 1 DAS PROVAS

As provas constituem elemento de fundamental importância para o Direito, vez que através delas o processo atinge seu verdadeiro fim, qual seja compor litígios de forma justa.

Assim é que, inicialmente, cumpre observar o inter-relacionamento existente entre a prova e o contexto político sociológico em que ela é produzida ou apreciada. Desta sorte, perpassa os ensinamentos de Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, 1999, p. 57) o ensinamento das diversas fases históricas da produção de provas e sua valoração no processo, donde tivemos primitivamente a época das ordálias de Deus ou juízos divinos, em que os resultados obtidos independiam da volição humana, o que imprimia nas provas um cunho de imparcialidade.

Em momento posterior, com a formação do Estado, seguido de seu poder de *imperium*, surge a prova legal, cabendo ao julgador aplicar tão somente um raciocínio lógico para a utilização da prova <sup>2</sup>.

A próxima fase é a do livre convencimento, contemporânea ao liberalismo burguês, quando surge a dicotomia prova lícita X prova ilícita. Caracteriza-se esta fase pela predominância da aplicação do princípio da liberdade, que humaniza as provas e faz útil e adequado o juízo penal. É esta fase que mais se impõe nos sistemas atuais.

Finalmente, chegamos à fase científica, na qual as provas devem ser orientadas por métodos racionais da perícia e técnica judiciária, ficando à liberdade do julgador como critério pessoal.

Vejamos, então, uma análise do conceito de prova e, oportunamente, sua natureza.

<sup>2</sup> A época, é a confissão a rainha das provas, em função da crença iluminista do poder de autodeterminação humano pela razão, fonte e origem da verdade. Ainda, esta fase caracteriza-se pela falta de liberdade judicial.

Como sabemos, as provas desempenham um papel vertebral no processo, não apenas na aplicação da pena, como também na própria impulsão dele, vez que é a partir dos indícios da existência de um fato delituoso e da formação de culpa que se inicia um processo.

Em virtude disto, podemos afirmar com Anamaria Campos Torres de Vasconcelos que “as provas são, na verdade, veículos para que se obtenha uma condenação ou uma absolvição, segundo o princípio de justiça. Elas são as vias pelas quais a verdade pode chegar ao espírito e formar o convencimento judicial” (VASCONCELOS, 1992, p. 42).

Ainda com a adrede citada autora, partiremos do conceito de prova, tomando como fundamento de validade o pressuposto de que só há de ser considerada prova aquela que efetivamente gerou o conhecimento do julgador<sup>3</sup>.

Como sabemos, provar é demonstrar determinado fato ou verdade por nós já conhecida, ao passo que prova é o meio pelo qual chegamos a esta verdade. Ou, de modo mais elaborado e tendo em mira as origens etimológicas do termo, como afirma Plácido de Silva:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência da veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (SILVA, 1987, p. 491).

<sup>3</sup> Tal entendimento encontra, colateralmente, seu fundamento de validade no artigo 566 do Código de Processo Penal, posto que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influido na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Encontramos em Mittermayer uma definição assemelhada, porém mais simplória e abrangente, ao discorrer que “prova é o complexo dos motivos que produz certeza” (MITTERMAYER, 1959, p.93).

Aliás, é bastante corrente na doutrina encontrarmos os conceitos de certeza e de verdade ligados à idéia das provas, culminando todos no fim do processo que, muito mais que a segurança jurídica, é o ideal de justiça. E, neste sentido, somos levados com Dellepiane a concluir, nas palavras de Anamaria Campos Torres de Vasconcelos, que “o verdadeiro é o provado, e o provado é o justo” (VASCONCELOS, 1992, p. 46).

Diferentemente é o posicionamento de Florian (FLORIAN, 1976, p.43) frente ao tema abordado, sendo o autor mais restrito<sup>4</sup>.

Todavia, seja numa acepção mais restrita, ou mais ampla, a prova é tomada no processo penal sob dois aspectos distintos: como o que se prova em juízo e como o meio utilizado para tal.

Além disto, temos que a prova destina-se a formar a certeza de espírito na mente do indivíduo. Porém não um estado de absoluta certeza. Ora, sabemos que a certeza é a crença na possessão da verdade, todavia na verdade subjetiva, formada como fruto do raciocínio singular do indivíduo ante o que lhe apreende os sentidos. Certeza, portanto, é a conformidade entre a idéia e a realidade, não se confundindo com verdade.

Em função disto, e ante a consagração em nosso sistema do Princípio da Verdade Real, estabelecido em nosso Direito Adjetivo Penal, é a verdade material a que se procura atingir, sendo a prova seu veículo próprio de desenvolvimento<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> O referido autor estuda a prova sob dois primas: um objetivo, onde prova seria todo meio que produz um conhecimento certo ou provável acerca de qualquer coisa; e outro subjetivo, que seria o conjunto de motivos que nos subministram tal conhecimento.

<sup>5</sup> Aqui, por razões práticas, tecemos a observação de que, apesar de ser inconteste o fato de que o que se busca com o processo é a verdade, esta não deve ser obtida a qualquer preço, mas sim segundo uma moral inatacável.

Não obstante, uma vez levada ao processo, rege-se a prova pelo princípio da comunhão dos meios de prova, o qual preceitua, em linhas gerais, que as provas são do processo e não de quem as produziu, pelo que qualquer dos sujeitos envolvidos podem dela valer-se.

Acrescente-se a isto que são princípios supremos da prova, segundo Franmarino Malatesta, a consideração da verdade objetiva e do convencimento subjetivo (MALATESTA, 1945, p. 75).

Por fim, nosso Código de Processo Penal, ao disciplinar a matéria prova, o faz no seu Título VII<sup>6</sup>.

## 2 O DIREITO À PROVA

Outro ponto de relevante monta para o trabalho ora proposto concerne o chamado Direito à Prova, o qual se insere no quadro das garantias do devido Processo Penal<sup>7</sup>.

Podemos nos arriscar a conceituar, de modo bastante simples, o Direito à Prova como a prerrogativa que tem as

<sup>6</sup> Referido título do CPP elenca as seguintes espécies de prova: Exame de Corpo Delito e Pericial (arts. 158 a 184); Interrogatório do Acusado (arts. 185 a 196); Confissão (arts. 197 a 200); Capítulo II, Perguntas ao Ofendido (art. 201); Testemunhal (arts. 202 a 225); Reconhecimento de Pessoas e Coisas (arts. 226 a 228); Acareação (arts. 229 e 230); Documental (arts. 231 a 238); Indiciária (arts. 239); e, finalmente, disciplina a Busca e Apreensão (arts. 240 a 250), donde, de pronto, observamos não ser esta verdadeiramente prova, porém modo de aquisição.

<sup>7</sup> Consagrado em diversos ordenamentos, constitui-se, nos Estados Unidos da América, no chamado *right to evidence*, assegurado pela cláusula do *due process of law* - que nada mais é senão a nossa garantia do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da nossa Constituição Federal. Além disto, encontra-se afirmado na jurisprudência da Corte Constitucional Italiana e da Alemanha, entre outras, sem mencionar a preocupação de textos internacionais a ele devotada, posto que visto como garantia do acusado. Corolário a este princípio, se assegura aos litigantes e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

partes de introdução, no processo, das provas que entendam úteis à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões<sup>8</sup>.

Elevado à categoria constitucional, não é o Direito à Prova absoluto, posto que sujeito às limitações decorrentes da tutela que o ordenamento dispensa a valores e interesses outros, igualmente dignos de proteção. Assim, bem dispõe Anamaria Campos Torres, para quem "a visão do acusado, o respeito devido a sua pessoa, as garantias que lhe devem ser asseguradas, são elementos decisivos num sistema de prova em que se busque sentença justa" (VASCONCELOS, 1992, p. 46).

Dentro deste contexto, temos que a regra será a admissibilidade das provas, devendo as exceções virem, via de regra, expressamente de forma taxativa e justificada. Este entendimento está alicerçado no direito de ampla defesa, vez que o óbice à apresentação de provas em juízo nada mais é senão um cerceamento deste direito, independente, ao final, do motivo que justificou o afastamento da prova pretendida.

O Direito à Prova está, ademais, intrinsecamente ligado aos direitos de ação e de defesa, pelo que, conseqüentemente, apresenta natureza de direito subjetivo público ou cívico.

Encontra-se ligado, ainda, à própria atividade jurisdicional, pois de nada valeria este direito se não fosse assegurado às partes o direito de demonstrar em juízo afirmações feitas. Por oportuno, trazemos o seguinte ensinamento de Barbosa Moreira:

<sup>8</sup> Interessante é o estudo feito por Olavo Ferreira, citado por Pedro Lenza, que costuma dividir o devido processo legal em duas facetas: uma formal e outra material, encontrando esta última fundamento nos artigos 5º, LIV, e 3º, I, da Constituição Federal, e da qual extrai os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa – que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial. (MOREIRA, 1977, p. 108).

Desta feita, tem o juiz importante papel na produção da prova. Isto porque para proferir decisão que consagre o ideal de justiça, deve instruir a causa mediante efetiva participação na realização do direito material probatório, seja, nas palavras de Antônio Scarance Fernandes, “no garantir às partes a plenitude do direito à prova, seja no determinar, de ofício, a efetivação de prova relevante” (FERNANDES, 2002, p. 72).

Entretanto, rechaçando a ligação do Direito à Prova com os Direitos de Ação e Defesa, Trocker, citado por Ada Pellegrini Grinover, ressalta que:

O concreto exercício do direito de ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se apresentar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas. (GRINOVER, 1990, p. 19).

Ademais, de variadas formas vem a doutrina se manifestando acerca das exigências<sup>9</sup> as quais precisam se revestir o

<sup>9</sup> Podemos trazer a lume três destas exigências fundamentais do direito à prova visto em atenção ao contraditório, quais sejam: a) necessidade de se conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas, corolário que é do princípio da isonomia; b) que não exista disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão judicial, o que revelaria, d’outra parte, uma parcialidade do órgão jurídico; e c) que exista uma efetiva igualdade, entre as partes, quanto à possibilidade de participar de atos probatórios e de se pronunciar acerca de seus resultados.

direito à prova, pelo que o relacionam, em regra, com o direito ao contraditório.

É interessante notar que é o direito a prova, ante os princípios consagrados em nosso Ordenamento, bastante amplo. Magalhães Gomes Filho, por exemplo, ao cuidar do assunto, nele engloba uma série de direitos ‘menores’<sup>10</sup>, no sentido de que constituem partes de um todo maior (GOMES FILHO, 1997, P. 85-89).

Por fim, cumpre observar que é exigência do direito à prova que o juiz, ao sentenciar, leve em consideração as provas produzidas pelas partes, uma vez que de nada adiantaria assegurar às partes a produção de provas se o juiz não considerá-las ao motivar sua sentença.

### 3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas podem ser classificadas de variadas formas segundo o critério adotado. Assim, tomaremos como base a classificação de Framarino Malatesta, que é a mais completa e seguida pela maioria dos autores, e a quem se referiu Gusmão, citado por Adalberto Aranha, nos seguintes termos:

Esse método de classificação encerra, ao nosso ver, a virtude de assentar-se em um critério seguro e verdadeiramente científico, pois que tem como base a prova considerada em sua natureza e em relação ao método de pro-

<sup>10</sup> Assim é que, a título ilustrativo, o referido autor traz: o direito à avaliação da prova; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; e, por fim, o direito à investigação, com o qual concordamos somente com a ressalva de que, em nosso atual sistema, nos mais das vezes, é proibida às partes a investigação particular, posto que ela há de ser feita pelos órgãos oficiais.

dução. Qualquer outro método, partindo de critérios meramente acidentais, só pode produzir classificações efêmeras, sem valor algum teórico e sem o mínimo alcance prático. (ARANHA, 2004, p. 23).

Assim, quanto ao objeto, podemos classificar as provas em diretas sempre que *per si* puderem demonstrar o fato; ou indiretas, quando a partir da comprovação de um outro fato se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o fato que se pretende provar.

Quanto ao efeito, ou valor, é possível classificar as provas em plenas, que seriam as completas, convincentes; e as não plenas, que exprimiriam uma probabilidade de procedência da alegação; e as semi-plenas. Entretanto, afastamos esta classificação das provas, que as divide em semi-plenas, visto que, ao nosso ver, ou as provas são plenas e capazes de convencer o julgador, formando em si o estado de certeza, ou elas não o são, e então não servem ao processo penal, porquanto não existe um estado de 'meia certeza', 'meio convencimento'<sup>11</sup>.

As provas podem ser classificadas em reais ou pessoais. São reais as provas que consistem em uma coisa, em um objeto, em um bem exterior; ao passo que pessoais são as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído à alguém, tal como o depoimento, interrogatório etc.

Em atenção à sua forma ou aparência, a prova pode ser classificada em documental, também conhecida como literal ou instrumental; testemunhal; e material.

Cuida, finalmente, analisarmos a classificação que divide as provas em ilegais, que, por sua vez, se subdividem em legítimas e ilegítimas, e ainda, como propõe alguns, em lícitas e ilícitas, donde de pronto ressaltamos que, apesar da preten-

<sup>11</sup> Este é, outrossim, o posicionamento também defendido por Framarino Malatesta e Anamaria Campos Torres, que afasta a existência de frações de certeza.

são de alguns autores e doutrinadores em não diferenciá-las, isto não é correto, vez que, a bem da verdade, são elas profundamente diferentes, tendo, inclusive, efeitos variados no processo.

Para melhor as explicar necessário se faz certa divagação sobre o tema provas inadmissíveis, ou proibidas, vez que as provas ditas ilícitas e ilegítimas constituem núcleos delas. Desta feita, transcorreremos, *en passant*, certas linhas sobre a temática ora proposta, para, então, entrarmos na questão das provas ilícitas e ilegítimas.

Ora, sabemos que nosso Direito Positivo consagrou o chamado princípio da liberdade probatória, segundo o qual as partes são livres para produzir as provas que julgarem convenientes, donde se conclui que os meios probatórios permitidos em nossa legislação não se esgotam naqueles previstos nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal<sup>12</sup>.

Não obstante, esta liberdade probatória encontra certos limites, além daqueles estabelecidos no artigo 155 do CPP, que prevê que "No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil" (art. 155 do CPP) e em outros da lei processual<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Não é a classificação processual-penal, portanto, exaustiva, porém o é exemplificativa, sendo admitidas as chamadas "provas inominadas" (MIRABETE, 2004, p. 279) - que são aquelas não previstas na legislação.

<sup>13</sup> Isto porque estão elencados na nossa Constituição uma série de direitos e garantias do indivíduo, mormente quanto à intimidade e à integridade, que são intransponíveis e, conseqüentemente, não podem ser atacados com a finalidade de fazer prova em juízo. Destarte, a doutrina costuma afirmar que as provas incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, bem como cujos meios de obtenção se opõem a normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo, são, geralmente, inadmissíveis.

dução. Qualquer outro método, partindo de critérios meramente acidentais, só pode produzir classificações es-  
tereis, sem valor algum teórico e sem o mínimo alcance  
prático. ( ARANHA, 2004, p. 23).

Assim, quanto ao objeto, podemos classificar as provas  
em diretas sempre que *per si* puderem demonstrar o fato; ou  
indiretas, quando a partir da comprovação de um outro fato  
se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o fato  
que se pretende provar.

Quanto ao efeito, ou valor, é possível classificar as pro-  
vas em plenas, que seriam as completas, convincentes; e as não  
plenas, que exprimiriam uma probabilidade de procedência da  
alegação; e as semi-plenas. Entretanto, afastamos esta classifica-  
ção das provas, que as divide em semi-plenas, visto que, ao nos-  
so ver, ou as provas são plenas e capazes de convencer o julgador,  
formando em si o estado de certeza, ou elas não o são, e então  
não servem ao processo penal, porquanto não existe um esta-  
do de 'meia certeza', 'meio convencimento'<sup>11</sup>.

As provas podem ser classificadas em reais ou pessoais.  
São reais as provas que consistem em uma coisa, em um obje-  
to, em um bem exterior; ao passo que pessoais são as que  
exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído à al-  
guém, tal como o depoimento, interrogatório etc.

Em atenção à sua forma ou aparência, a prova pode ser  
classificada em documental, também conhecida como literal  
ou instrumental; testemunhal; e material.

Cuida, finalmente, analisarmos a classificação que divi-  
de as provas em ilegais, que, por sua vez, se subdividem em  
legítimas e ilegítimas, e ainda, como propõe alguns, em lícitas  
e ilícitas, donde de pronto ressaltamos que, apesar da preten-

<sup>11</sup> Este é, outrossim, o posicionamento também defendido por Framarino  
Malatesta e Anamaria Campos Torres, que afasta a existência de frações de  
certeza.

são de alguns autores e doutrinadores em não diferenciá-las,  
isto não é correto, vez que, a bem da verdade, são elas profun-  
damente diferentes, tendo, inclusive, efeitos variados no pro-  
cesso.

Para melhor as explicar necessário se faz certa divagação  
sobre o tema provas inadmissíveis, ou proibidas, vez que as  
provas ditas ilícitas e ilegítimas constituem núcleos delas.  
Desta feita, transcorreremos, *en passant*, certas linhas sobre a  
temática ora proposta, para, então, entrarmos na questão das  
provas ilícitas e ilegítimas.

Ora, sabemos que nosso Direito Positivo consagrou  
o chamado princípio da liberdade probatória, segundo o  
qual as partes são livres para produzir as provas que julga-  
rem convenientes, donde se conclui que os meios proba-  
tórios permitidos em nossa legislação não se esgotam na-  
queles previstos nos artigos 158 a 250 do Código de Pro-  
cesso Penal<sup>12</sup>.

Não obstante, esta liberdade probatória encontra cer-  
tos limites, além daqueles estabelecidos no artigo 155 do  
CPP, que prevê que "No juízo penal, somente quanto ao  
estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova  
estabelecidas na lei civil" (art. 155 do CPP) e em outros da  
lei processual<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Não é a classificação processual-penal, portanto, exaustiva, porém o é  
exemplificativa, sendo admitidas as chamadas "provas inominadas"  
(MIRABETE, 2004, p. 279) - que são aquelas não previstas na legislação.

<sup>13</sup> Isto porque estão elencados na nossa Constituição uma série de direitos e  
garantias do indivíduo, mormente quanto à intimidade e à integridade, que  
são intransponíveis e, conseqüentemente, não podem ser atacados com a  
finalidade de fazer prova em juízo. Destarte, a doutrina costuma afirmar que  
as provas incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e  
à dignidade humana, bem como cujos meios de obtenção se opõem a nor-  
mas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um  
povo, são, geralmente, inadmissíveis.



#### 4 DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Esta é uma temática bastante atual, não apenas em virtude dos grandes avanços tecnológicos por que passamos, em que são impressionantes os meios, e por que não dizer as facilidades com as quais se pode adentrar nas vidas dos indivíduos, rompendo com direitos e prerrogativas a eles inerentes; como também pela violência, cada vez mais crescente, em que todos os meios tornam-se válidos para alcançar o fim visado.

Assim é que se torna o tema ora proposto bastante discutido nos nossos dias, sendo objeto das mais acirradas controvérsias, principalmente quando se faz alusão à interceptação telefônica, gravações clandestinas e quebra de sigilo bancário obtidos ilicitamente, porquanto demonstram, de forma bastante clara, a violação da intimidade.

Aqui, fazemos a ressalva de que a intimidade está diretamente relacionada com a personalidade humana, dispensando uma maior proteção do Estado, razão pela qual foi erigida à categoria de direito fundamental.

Outrossim, de pronto afirmamos que a maior dificuldade da temática em baila é, como salienta Antônio Scarance, atingir o ponto de equilíbrio. Isto porque:

De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranqüilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais. (FERNANDES, 2002, p. 72).

É assim que a dificuldade consiste em se alcançar este ponto de equilíbrio entre o direito do Estado e, portanto, da sociedade, que visa à obtenção de meios eficazes à repressão

da criminalidade; e o direito do cidadão, em não ver devassado sua intimidade. Desta feita, não se pode, à idolatria da segurança, pretender uma garantia absoluta da privacidade no processo penal. Por outro lado, também se revela incompatível com um estado de direitos a busca desmedida da prova, em que não se encontram motivos ponderáveis e que nega vigência ao princípio da proporcionalidade, de modo a ofender desnecessariamente o acusado, em seus direitos fundamentais e no direito de que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Adentrando mais no que sejam provas ilícitas e ilegítimas, se faz necessária a retomada do conceito de prova proibida, o que fazemos a seguir.

Inicialmente, afastamos a diferenciação pretendida por alguns autores em provas proibidas e provas vedadas, pelo que associam às primeiras as provas ilícitas e às segundas as provas ilegítimas. Ora, se a prova é vedada, obviamente ela é proibida. Tanto é assim que, defende Camargo Aranha, citado por Luciana Fregadolli, que prova proibida “seria toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo Direito” (FREGADOLLI, 1998, p. 61).

Todavia, para bem alcançarmos o conceito de prova ilícita e ilegítima, necessário se faz discorreremos acerca das diferenças entre elas, porque embora empregados ambos os termos como sinônimos por alguns juristas, em verdade, são institutos profundamente distintos e com repercussões variadas no processo penal.

É assim que, resumidamente, podemos afirmar que a prova ilegal consiste em violação de vedação constante no ordenamento jurídico, seja ela qual for, quer de ordem material, quer de cunho processual.

Todavia, as provas ilegais, porque se contrapõem à vedação do ordenamento, dividem-se em ilícitas e ilegítimas, a depender da natureza do comando da vedação. Será ilícita

quando contrariar norma substancial, ao passo que ilegítima será aquela que afrontar normas de Direito Processual<sup>14</sup>.

Não obstante, é oportuna a ressalva feita por Ada Pellegrini (GRINOVER, 1976, p. 126-129), por meio da qual observa que determinadas provas, embora ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem, concomitantemente, serem ilegítimas, desde que a lei processual também impeça as suas produções em juízo.

Necessário é observar que distintas são as conseqüências produzidas por ambos os tipos de provas – ilícitas e ilegítimas – no processo penal. Isto porque, via de regra, têm as provas ilícitas suas sanções previstas na ordem material, o que resulta que sua obtenção constitui em tipos penais próprios – por exemplo, violação de correspondência – ou genéricos – como a tortura.

Por outro lado, a sanção prevista para a prova ilegítima é a nulidade, vez que se produzida sem o resguardo da lei processual penal não tem qualquer valia, ante o artigo 564 do CPP. No que tange a prova que for, simultaneamente, ilegítima e ilícita, também não há maiores dificuldades, pois fulminada de nulidade ante a ilegitimidade.

Assim é que, a controvérsia cinge-se à prova ilícita, em saber se devem ser aceitas no processo à míngua de norma que declare a sua inadmissibilidade.

Aliás, em nossa Ordem Processual Penal, há tão somente uma vedação expressa a uma prova ilícita determinada, que é aquela contida no artigo 233, o qual, por oportuno, trans-

<sup>14</sup> Deste modo é que, delimitando mais a questão, Nuvolone, citado por Ada Pellegrini, leciona que prova ilícita seria aquela que afronta preceito de ordem material, justamente quando de sua colheita, de sua produção fática. D'outra parte, a prova ilegítima seria aquela que não fora produzida em respeito a um comando de ordem processual, donde poder-se-ia auferir tal ilegitimidade exatamente no momento em que se pretende inseri-la nos autos (GRINOVER, 1976, p. 126-129).

crevemos: Artigo 233 do CPP: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”.

Todavia, ainda aqui, abre o próprio legislador uma exceção, pelo que mitiga – de forma tímida – a não aceitação deste tipo de provas no processo penal, o que é objeto da previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, se não vejamos:

Parágrafo Único do artigo 233: “As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”.

Ora, é claramente uma hipótese em que se deixa à discricionariedade do julgador a apresentação, ou não, deste tipo de prova, posto que se abriu uma exceção em atenção ao direito de defesa.

Outrossim, não podemos deixar de mencionar a previsão acerca dos tipos de provas admissíveis no processo no Código de Processo Civil, do qual se vale o processo penal em caráter subsidiário. Assim, prevê o Código de Processo Civil que: Artigo 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou defesa”.

Cumprir registrar, por fim, que não são ilícitas as provas produzidas quando o interessado consente na violação de seus direitos, assegurados constitucionalmente ou por legislação ordinária, porém “desde que sejam bens ou direitos disponíveis” (MIRABETE, 2004, p. 279).

## 5 DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Como anteriormente esposado, a grande problemática das provas ilícitas gira em torno de sua admissibilidade, ou não, dentro do processo, donde destacamos, inicialmente, que a temática atual importa em uma análise prévia do sistema normativo de cada Estado, segundo o sistema constitucional vigente.

Assim é que, mesmo em países cujo sistema normativo tem uma base semelhante, é possível a ocorrência de divergências quanto à temática ora proposta, como é caso do *common law*, dos Estados Unidos e da Inglaterra, em que é possível encontramos grandes discrepâncias quanto a aceitação das provas ilícitas<sup>15</sup>.

No Brasil, a temática já é bastante antiga, sendo diferentes os posicionamentos adotados pelos nossos operadores do direito ao longo deste último século. Desta feita, observando a Carta Política de 1969, outorgada pelos militares, podemos concluir que eram as provas ilícitas amplamente aceitas em nossos Tribunais<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Isto porque, na Inglaterra, a chamada prova *illegally obtained* é aceita, ao passo que nos Estados Unidos não, vez que é amplamente rejeitada pelas Cortes, cujo posicionamento revela-se pela expressão *fruits of the poisonous tree*, que macula de nulidade as provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita.

<sup>16</sup> Ora, este é o entendimento que se depreende do voto que, por oportuno, trazemos do Ministro Cordeiro Guerra, ao admitir a validade de uma confissão extra-judicial obtida mediante coação, senão vejamos:

Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado. (OLIVEIRA, 1989, p. 25).

A Constituição de 1988, influenciada que foi pelo socialismo, visando evitar os excessos cometidos com o regime militar, e por defender princípios estritamente democráticos, deu nova coloração à temática. Sabemos que são várias as inviolabilidades postas como garantias pela Constituição Federal, a fim de resguardar os direitos fundamentais da pessoa, tais como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, consagrada no artigo 5º, XII, entre outras garantias. A violação de quaisquer destas garantias torna, imediatamente, a prova ilícita, conforme por nós anteriormente apontado.

Outrossim, cerceando qualquer discussão, na doutrina ou na jurisprudência, o constituinte cuidou de vedar a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meio ilícito, conforme se observa da inteligência do LVI, do artigo 5º da nossa Constituição.

No que tange à prova ilegítima, porque em dissonância com comando processual, não encontramos maiores dificuldades, vez que expurgadas do processo frente à nulidade. Entretanto, como já destacado, os problemas surgem quando estamos diante das provas ilícitas, que ferem direito material ou princípios do direito.

Assim é que, conforme afirma Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (ARANHA, 2004, p. 63), a doutrina conhece cinco teorias diferentes que tratam da questão da admissibilidade das provas ilícitas, donde apenas uma propugna pela admissibilidade, três pela rejeição e uma derradeira que segue um caminho intermediário<sup>17</sup>.

Pela inadmissibilidade, temos, como adrede referido, três correntes. A primeira, a da ilicitude por derivação (ou dos

<sup>17</sup> É bem de ver que, para alguns doutrinadores, não seriam cinco as teorias que tratariam da admissibilidade das provas ilícitas, porém apenas quatro - como o faz Scarance (FERNANDES, 2002, p. 84). Todavia, acreditamos que a divisão das teorias segundo o Adalberto Aranha é mais completa e, portanto, será a por nós estudada.

“frutos da árvore contaminada”), tomando o direito como um todo unitário, como uma universalidade, e não como compartimentos estanques, dispõe que a prova ilícita afronta ao direito em seu universo, não interessando se trata de norma instrumental ou não. Nas palavras de Scarance, ao dispor sobre esta teoria: “O ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual”. (FERNANDES, 2002, p. 85).

Esta é a corrente consagrada nos Estados Unidos, em que a prova, mesmo que em si considerada seja lícita, se produzida por meio ilícito, ilegal, está contaminada irremediavelmente<sup>18</sup>.

Por fim, esta teoria é defendida por autores como Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso e Pestana Aguiar.

A segunda teoria que propugna a inadmissibilidade das provas ilícitas funda-se no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Isto porque, como sabemos, os atos praticados pelo Estado estão ombreados da presunção de legalidade e moralidade, donde inadmissível, por parte de seus agentes, o uso de meios reprováveis.

A terceira e última teoria que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas parte do princípio de que toda prova ilícita ofende a Constituição, vez que atinge valores fundamentais do indivíduo. Este é o posicionamento de Capelletti, Vigoriti e Comoglio; e, no Brasil, ainda é defendida por autores como Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho e Rogério Lauria Tucci. Este último, inclusive, esclarece que:

<sup>18</sup> Ainda, a expressão que lhe dá nome, qual seja “fruto da árvore contaminada” (*fruits of the poisonous tree*) nos remete a uma decisão datada de 1920, da Suprema Corte Americana, por meio da qual destacamos a célebre máxima de que o vício da árvore contaminada contamina e se espalha em todos os frutos.

Uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como serem levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação. (TUCCI, 2004, p. 238).

A favor da admissibilidade das provas ilícitas temos apenas uma corrente, que defende que “a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido” (FERNANDES, 2002, p. 84).

Para os defensores desta teoria, onde destacamos, dentre outros, Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima, a violação de uma norma material traria sua sanção própria, específica, não implicando o afastamento do processo. Nas palavras de Adalberto Aranha:

Na prova ilícita reconhece-se a ofensa ao direito material, devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a penalidade adequada; todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual. (ARANHA, 2003, p. 63).

Cordero, citado por Adalberto Aranha, e defensor desta posição, idealizou uma expressão latina que bem explicita o posicionamento defendido: *male captum, bene retentum* (ARANHA, 2003, p. 63). Ou seja, mal colhida, porém bem produzida, pelo que se nota a eiva de ilegalidade no ato de sua colheita, porém a conformidade com a lei processual quando de sua apresentação em juízo<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Este foi o posicionamento dos tribunais pátrios até ao advento da atual Constituição, em que, sob a égide da Carta Política de 1969, vigia-se a admissibilidade das provas ilícitas, tal qual acima apontado.

Por fim, encontramos uma corrente, podemos dizer intermediária, que busca uma posição de equilíbrio, evitando os extremos de rechaçar as provas ilícitas ao mesmo tempo em que mitiga sua aceitação no processo. É a chamada teoria da proporcionalidade, na Alemanha sob o nome de *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, e nos Estados Unidos chamada de razoabilidade, visando atenuar a rigidez da teoria do “fruto da árvore envenenada”.

Através desta teoria, em casos de extrema gravidade e de maneira extraordinária, poder-se-ia utilizar a prova ilícita, porém desde que sopesados os valores em questão no processo. Assim, a admissão das provas ilícitas seria um princípio relativo, pelo que superável quando estivessem em questão princípios outros aos quais se atribuem valor igual, ou mesmo maior, que aquele violado.

## 6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este é, sem dúvidas, um dos pontos centrais do trabalho ora proposto, porquanto, como passos atrás dito, para a corrente intermediária, tal princípio seria o fundamento basilar para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

No Brasil, tal princípio foi, inicialmente, incorporado pelo Direito Administrativo, de modo a reger o poder de polícia, pelo que lhe serve de limite.

Todavia, o princípio da proporcionalidade transborda a seara administrativista, sendo imanente, também, a outros setores do direito, tal como o processual penal, área de nosso interesse, em que se exige dos juízes o respeito à proporcionalidade na aferição das penas aplicáveis.

Ora, sabemos que são os valores expostos no texto constitucional os responsáveis por moldar o *jus puniendi* estatal. Nesse sentido, têm papel fundamental os princípios jurídicos

que podem ser apreendidos da norma constitucional quando da feição do direito penal.

Com essa breve introdução, buscamos contextualizar a idéia de proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal.

É neste contexto que buscou a jurisprudência e a doutrina sistematizá-lo, tendo sido objeto, como outrora apontado, dos mais diversos ramos do direito e nos mais diversos países, com larga aplicação no processo penal.

Assim é que ele se torna básico para a formação do Estado Democrático de Direito, pelo que podemos localizá-lo no *caput* do artigo Primeiro da Constituição Federal. Ora, é do reconhecimento dos direitos fundamentais, decorrente desta concepção de estado, que estes devem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar indispensável para a tutela dos interesses públicos. Assim é que o princípio da proporcionalidade, na sua atual feição, comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser levada a cabo por uma hierarquia de valores a que o legislador deve respeitar.

Note-se que, costuma a doutrina apontar certos pressupostos e requisitos do princípio ora em análise.

Desta feita, temos dois pressupostos essenciais a sua atuação, quais sejam um formal, o da legalidade; e outro material, o da justificação teleológica. Assim é que em virtude do princípio da legalidade, aponta Scarance “não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma restrita” (FERNANDES, 2002, p. 53).

No que tange ao outro pressuposto, anota o citado autor que “do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional” (FERNANDES, 2002, p. 53).

Por fim, encontramos uma corrente, podemos dizer intermediária, que busca uma posição de equilíbrio, evitando os extremos de rechaçar as provas ilícitas ao mesmo tempo em que mitiga sua aceitação no processo. É a chamada teoria da proporcionalidade, na Alemanha sob o nome de *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, e nos Estados Unidos chamada de razoabilidade, visando atenuar a rigidez da teoria do “fruto da árvore envenenada”.

Através desta teoria, em casos de extrema gravidade e de maneira extraordinária, poder-se-ia utilizar a prova ilícita, porém desde que sopesados os valores em questão no processo. Assim, a admissão das provas ilícitas seria um princípio relativo, pelo que superável quando estivessem em questão princípios outros aos quais se atribuem valor igual, ou mesmo maior, que aquele violado.

## 6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este é, sem dúvidas, um dos pontos centrais do trabalho ora proposto, porquanto, como passos atrás dito, para a corrente intermediária, tal princípio seria o fundamento basilar para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

No Brasil, tal princípio foi, inicialmente, incorporado pelo Direito Administrativo, de modo a reger o poder de polícia, pelo que lhe serve de limite.

Todavia, o princípio da proporcionalidade transborda a seara administrativista, sendo imanente, também, a outros setores do direito, tal como o processual penal, área de nosso interesse, em que se exige dos juízes o respeito à proporcionalidade na aferição das penas aplicáveis.

Ora, sabemos que são os valores expostos no texto constitucional os responsáveis por moldar o *jus puniendi* estatal. Nesse sentido, têm papel fundamental os princípios jurídicos

que podem ser apreendidos da norma constitucional quando da feição do direito penal.

Com essa breve introdução, buscamos contextualizar a idéia de proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal.

É neste contexto que buscou a jurisprudência e a doutrina sistematizá-lo, tendo sido objeto, como outrora apontado, dos mais diversos ramos do direito e nos mais diversos países, com larga aplicação no processo penal.

Assim é que ele se torna básico para a formação do Estado Democrático de Direito, pelo que podemos localizá-lo no *caput* do artigo Primeiro da Constituição Federal. Ora, é do reconhecimento dos direitos fundamentais, decorrente desta concepção de estado, que estes devem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar indispensável para a tutela dos interesses públicos. Assim é que o princípio da proporcionalidade, na sua atual feição, comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser levada a cabo por uma hierarquia de valores a que o legislador deve respeitar.

Note-se que, costuma a doutrina apontar certos pressupostos e requisitos do princípio ora em análise.

Desta feita, temos dois pressupostos essenciais a sua atuação, quais sejam um formal, o da legalidade; e outro material, o da justificação teleológica. Assim é que em virtude do princípio da legalidade, aponta Scarance “não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma restrita” (FERNANDES, 2002, p. 53).

No que tange ao outro pressuposto, anota o citado autor que “do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional” (FERNANDES, 2002, p. 53).

Daí decorre a idéia de que o exercício do poder é limitado, donde somente admissíveis restrições aos direitos individuais se constitucionalmente previstas, em virtude de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido<sup>20</sup>.

Iremos, agora, analisar o princípio em estudo sob o prisma do direito processual penal.

Como outrora visto, tal princípio serve de fundamento basilar àqueles que defendem a admissão das provas ilícitas na nossa sistemática processual penal.

Nos Estados Unidos, apesar de toda resistência existente, em que se elaborou toda uma teoria que pugna pela inadmissibilidade de ditas provas – *fruits of the poisonous tree* – vem surgindo o princípio em comento, com o nome de Teoria da Razoabilidade, que busca uma atenuação da rigidez daquela.

Assim é que através dela, e de maneira excepcional, frente a casos de extrema gravidade, poder-se-ia usar a prova ilícita, tomando-se por base e sopesando-se os valores em contradição e em debate. Conforme acentua Adalberto Aranha: “Tal teoria afirma que a admissão da prova obtida por meio ilícito é um princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor”. (ARANHA, 2004, p. 65).

Por ser uma corrente intermediária, ela está jungida à idéia de que se deve afastar a prova ilícita do processo penal,

<sup>20</sup> Além disto, três são os requisitos intrínsecos que justificam e autorizam uma restrição aos direitos individuais: a necessidade, a adequação e a prevalência do valor a ser protegido quando da ponderação dos interesses em confronto. Outrossim, exigem-se também requisitos extrínsecos: o da judicialidade e da motivação, ou seja, que as medidas restritivas sejam impostas por autoridade judicial competente e que a decisão seja motivada.

porquanto é ela inconstitucional. Entretanto, em casos específicos, em que deverá se observar o malefício provocado pelo criminoso à sociedade, poderá ser admitida.

Desta feita é que observamos haver verdadeira proporção entre a ilicitude cometida na colheita da prova e os valores que a sociedade deve preservar, de modo a que se encontre o equilíbrio para que se admita a prova ou não no processo. Neste sentido, assinala Rebecca Mignac, para quem:

Quando as medidas a serem adotadas implicarem limitação de direitos fundamentais, devemos fazer o sopesamento dos interesses e bens jurídicos que expressam, solucionando de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito, articulando um raciocínio de forma hábil, onde se possa almejar resultados justos nas soluções dos casos concretos. (RODRIGUES, 2005, p. 420).

E continua a citada autora:

Admitimos a produção de prova obtida com violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, *in casu*, objetiva-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova, valores estes também protegidos constitucionalmente. (RODRIGUES, 2004, p. 421).

Todavia, note-se que, de pronto, uma dificuldade se revela contra a aplicação deste princípio, que é justamente deixar ao arbítrio do juiz a admissibilidade ou não da prova ilícita, o que lhe confere um caráter bastante subjetivo, portanto, passível de abusos e injustiças, podendo gerar inseguranças.

Entretanto, como bem pondera Scarance, “o risco do subjetivismo do juiz na análise dos princípios em conflito

deve ser superado exatamente pela fixação de critérios de prevalência a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina” (FERNANDES, 2002, p. 57).

Contudo, em virtude disto é que alguns autores, e neste peculiar posicionamento se alinha Adalberto Aranha, defendem que tal princípio só haveria de ser aplicado, ante a admissibilidade das provas ilícitas, se em benefício do acusado. Seria uma espécie de prova ilícita *pro reo*, em virtude do princípio do *favor rei*.

Assim é que se percebe serem a doutrina e a jurisprudência<sup>21</sup> mais flexíveis pela admissão das provas ilícitas quando em benefício do acusado.

Por fim, asseveramos que nos parece mais acertado o posicionamento daqueles que defendem, com a devida cautela, a admissibilidade das provas ilícitas, mesmo quando em desfavor do acusado, e sem olvidar as possíveis cominações legais decorrentes da violação do direitos da intimidade para a sua produção, vez que com isto, busca-se uma melhor aplicação da justiça.

## 7 CONCLUSÃO

Como exposto, temos que, atualmente, a inadmissibilidade processual das provas ilícitas predomina no nosso Ordenamento, embora venha o princípio da proporcionalidade atenuando a sua rigidez. Assim, temos que o artigo 5º, LVI da Constituição Federal vem sofrendo atenuação frente ao princípio da proporcionalidade, nos casos em que a ofen-

<sup>21</sup> Inclusive, encontramos julgado em que o voto do Desembargador Dante Busana<sup>21</sup>, admitiu a gravação de conversa telefônica feita pelo réu e apresentada em sua defesa, de modo que, apesar da violação ao direito da intimidade dos interlocutores, entendeu o citado desembargador que a ilicitude não prosperaria, mormente ter sido a gravação feita pelo réu em estrita legítima defesa.

sa à determinada vedação constitucional é feita no vezo de proteger valor maior, também amparado pela Constituição Federal.

Desta feita, e para evitar retornos desnecessários ao que outrora fora objeto de nossas especulações, traremos nossas conclusões em forma de tópicos. Deste modo:

- a) A temática das provas ilícitas é bastante atual, tendo sido objeto de diversos Ordenamentos Jurídicos, que se posicionam de maneira não uniforme, porquanto existem aqueles que aceitam sua admissão no processo; e outros que, dada a rigidez quanto à proteção de garantias individuais, as afastam por completo.
- b) Em matéria processual, e em decorrência de garantia constitucional, tem o indivíduo o direito à prova, que há, todavia, de ser produzida observando o âmbito de legalidade, vez que não é dado a ninguém obter provas em desconformidade às restrições legais.
- c) Aqui, surge a problemática das provas ilícitas e ilegítimas, quer sejam produzidas em desconformidade à norma material ou processual, respectivamente.
- d) Neste particular, cumpre observar a tortuosa questão de sua admissibilidade no processo penal, em que temos 05 correntes, onde apenas uma pugna sua irrestrita aceitação; uma outra a admite, porém não de maneira irrestrita, mas diante de ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade; e outras três que as rechaçam por completo.
- e) O princípio da proporcionalidade busca um equilíbrio entre os interesses conflitantes, de modo a se chegar, em cada caso, através da devida proporção, naquele interesse que deve prevalecer, reconhecendo-se, ou não, a validade da prova ilícita.



## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1976. v. 1, p.43.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MALATESTA, Nicola Franmarino. **Lógica de las pruebas em matéria criminal**. Buenos Aires: Libreria Editorial, 1945.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 9. ed. Madrid: Réus, 1959.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **A prova colhida em fita magnética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 25.

RODRIGUES, Rebecca Mignac de Barros. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. **Revista da Esmape**, Recife, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

VASCONCESLOS, Anamaria Campos Tórres de. **Prova no Processo Penal – Justiça como Fundamento Axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TAVARES, Patrícia Carneiro. **Monografia: o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita**. Recife: Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco, 2000.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1976. v. 1, p.43.
- FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.
- MALATESTA, Nicola Franmarino. **Lógica de las pruebas em matéria criminal**. Buenos Aires: Libreria Editorial, 1945.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.

- MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 9. ed. Madrid: Réus, 1959.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1977.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. **A prova colhida em fita magnética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 25.
- RODRIGUES, Rebecca Mignac de Barros. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. **Revista da Esmape**, Recife, 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- VASCONCESLOS, Anamaria Campos Tôrres de. **Prova no Processo Penal – Justiça como Fundamento Axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- TAVARES, Patrícia Carneiro. **Monografia: o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita**. Recife: Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco, 2000.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1976. v. 1, p.43.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MALATESTA, Nicola Franmarino. **Lógica de las pruebas em matéria criminal**. Buenos Aires: Libreria Editorial, 1945.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 9. ed. Madrid: Réus, 1959.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **A prova colhida em fita magnética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 25.

RODRIGUES, Rebecca Mignac de Barros. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. **Revista da Esmape**, Recife, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

VASCONCESLOS, Anamária Campos Tôrres de. **Prova no Processo Penal – Justiça como Fundamento Axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TAVARES, Patrícia Carneiro. **Monografia: o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita**. Recife: Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco, 2000.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1976. v. 1, p.43.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: **NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MALATESTA, Nicola Franmarino. **Lógica de las pruebas em matéria criminal**. Buenos Aires: Libreria Editorial, 1945.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 9. ed. Madrid: Réus, 1959.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **A prova colhida em fita magnética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 25.

RODRIGUES, Rebecca Mignac de Barros. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. **Revista da Esmape**, Recife, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

VASCONCESLOS, Anamaria Campos Tôrres de. **Prova no Processo Penal – Justiça como Fundamento Axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TAVARES, Patrícia Carneiro. **Monografia: o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita**. Recife: Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco, 2000.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO: Evolução, Posição Doutrinária, Posição Jurisprudencial e Admissibilidade

*Roberta Veras de Lima Brito*

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, aluna do Curso de Preparação à Magistratura e pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 1.1 Conceito de responsabilidade civil. 1.2 Espécies de responsabilidade civil. 2 DA PERDA DE UMA CHANCE. 2.1 Evolução. 2.2 Posição doutrinária e admissibilidade. 2.3 Posição Jurisprudencial. 2.3.1 A perda de uma chance como modalidade de dano moral. 2.3.2 A equivocada quantificação do dano da perda de uma chance. 2.3.3 O acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 1 Bibliografia. 2 Legislação e jurisprudência.

## INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo aprofundar os estudos e conhecimentos sobre a Responsabilidade Civil por perda de

uma chance, um tema cada vez mais freqüente nos tribunais brasileiros, mas que ainda encontra várias dificuldades em seus julgados, por haver pouco trabalho doutrinário para aperfeiçoar seus conceitos.

O tema é atual e relevante, na busca de proteção jurídica àqueles que se vêem privados de uma oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa.

Conforme destaca Sérgio Savi,

“Durante muito tempo, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem.”<sup>1</sup>

Através do desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, a extensão e valoração de um dano que inicialmente parecia estar a mercê do descaso, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Nesta pesquisa veremos também como a responsabilidade civil por perda de uma chance é encarada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Demonstraremos que a maior parte dos doutrinadores de nosso país reconhece o valor da chance por si só considerada e, assim, é favorável ao acolhimento da teoria. Além disso, por entender essencial vincular a teoria à prática, será feita uma análise de como a jurisprudência brasileira vem enfrentando o tema, a fim de estabelecer, com base em casos concretos, a forma mais adequada para aplicação da teoria.

<sup>1</sup> SAVI, SÉRGIO. Responsabilidade Civil para perda de uma chance. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2.

## 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Para melhor iniciar a conceituação de responsabilidade civil, importante declinar a própria origem da palavra, advinda do latim, para que então possamos entender melhor toda sua abrangência jurídica.

Afirma Stoco, que a noção de responsabilidade “vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos”.<sup>2</sup>

Neste sentido, afirma Rodrigues, que: a responsabilidade civil vem definida como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.<sup>3</sup>

Na mesma linha, em que se aplica a responsabilidade civil como coerção ao agente causador do dano, bem nos ensina Sampaio:

(...) diz-se portanto, que o instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, posto que consiste na obrigação que tem o autor de um ato ilícito de indenizar a vítima pelos prejuízos a ela causados. (...) amolda-se ao conceito genérico de obrigação, qual seja, o direito de que é titular o credor em face do devedor, tendo por objeto determinada prestação (...) assume a vítima de um ato ilícito a posição de credora, podendo então, exigir do autor determinada prestação, cujo conteúdo consiste na reparação dos danos causados.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV, p.12.

<sup>4</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone De Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

Com o passar do tempo, foi e será inevitável a transformação célere do instituto da responsabilidade civil, sendo que as relações entre as pessoas também se modificam e criam-se novas espécies de obrigações que sempre serão adequadas ao comportamento e vivência em sociedade.

## 1.2 Espécies de responsabilidade civil

No instituto da responsabilidade civil existem duas teorias que são adequadas a cada caso conforme alguns pressupostos, sendo elas especificadas como subjetiva, sendo esta como regra geral do Código Civil e a objetiva, prevista também no Código Civil e em leis extravagantes, adequando-se a cada caso e suas características e particularidades.

O Código Civil tem com predominância a teoria subjetiva, esta que é calcada na noção de culpa. Todavia, esta noção se mostrou deveras injusta, pois nem sempre a vítima era capaz de demonstrar satisfatoriamente este elemento, devido especialmente à desigualdade econômica entre as partes, finalizando em muitos casos, com a vítima suportando os prejuízos sem ter como ser ressarcida.

Por este motivo, a doutrina começou a entender que a responsabilidade civil subjetiva não satisfazia todos os casos, fazendo, assim, nascer a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco que determinada atividade humana gera.

Para melhor destacar as duas correntes, afirma Pereira:

(...) os escritores, de maneira geral, e os brasileiros em particular, agrupam-se em campos inimigos ao desenvolverem a fundamentação do princípio, distribuindo-se nas duas teorias que se combatem, de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e de outro lado, a doutrina

objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco.<sup>5</sup>

Neste sentido, declina Sampaio como segue:

(...) o legislador, na parte geral do Código Civil, dedicou artigos ao tema. (...) no art. 186 (correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1916), estabeleceu a denominada responsabilidade civil extracontratual, ou seja, introduziu no ordenamento jurídico a base da responsabilidade civil subjetiva (...) e ao parágrafo único, do art. 927 do Código Civil, aplica-se a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da culpa.<sup>6</sup>

Portanto, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, independe da culpa para que haja a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados pelo agente, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade, ligados as condições previstas em lei.

## 2 DA PERDA DE UMA CHANCE

### 2.1 Evolução

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance teve início na França, onde houve maior dedicação ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário Da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II, p. 13.

<sup>6</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone De Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 20.

Com o passar do tempo, foi e será inevitável a transformação célere do instituto da responsabilidade civil, sendo que as relações entre as pessoas também se modificam e criam-se novas espécies de obrigações que sempre serão adequadas ao comportamento e vivência em sociedade.

## 1.2 Espécies de responsabilidade civil

No instituto da responsabilidade civil existem duas teorias que são adequadas a cada caso conforme alguns pressupostos, sendo elas especificadas como subjetiva, sendo esta como regra geral do Código Civil e a objetiva, prevista também no Código Civil e em leis extravagantes, adequando-se a cada caso e suas características e particularidades.

O Código Civil tem com predominância a teoria subjetiva, esta que é calcada na noção de culpa. Todavia, esta noção se mostrou deveras injusta, pois nem sempre a vítima era capaz de demonstrar satisfatoriamente este elemento, devido especialmente à desigualdade econômica entre as partes, finalizando em muitos casos, com a vítima suportando os prejuízos sem ter como ser ressarcida.

Por este motivo, a doutrina começou a entender que a responsabilidade civil subjetiva não satisfazia todos os casos, fazendo, assim, nascer a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco que determinada atividade humana gera.

Para melhor destacar as duas correntes, afirma Pereira:

(...) os escritores, de maneira geral, e os brasileiros em particular, agrupam-se em campos inimigos ao desenvolverem a fundamentação do princípio, distribuindo-se nas duas teorias que se combatem, de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e de outro lado, a doutrina

objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco.<sup>5</sup>

Neste sentido, declina Sampaio como segue:

(...) o legislador, na parte geral do Código Civil, dedicou artigos ao tema. (...) no art. 186 (correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1916), estabeleceu a denominada responsabilidade civil extracontratual, ou seja, introduziu no ordenamento jurídico a base da responsabilidade civil subjetiva (...) e ao parágrafo único, do art. 927 do Código Civil, aplica-se a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da culpa.<sup>6</sup>

Portanto, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, independe da culpa para que haja a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados pelo agente, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade, ligados as condições previstas em lei.

## 2 DA PERDA DE UMA CHANCE

### 2.1 Evolução

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance teve início na França, onde houve maior dedicação ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário Da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II, p. 13.

<sup>6</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone De Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 20.



Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance.

Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida.

O termo chance utilizada pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, uma ótima tradução para o termo chance seria, oportunidade.

Na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias, influenciando a Corte de Cassação, que passou a conceder indenizações a este título e, conseqüentemente, a contribuir para a evolução da teoria.

Os julgados franceses e a discussão doutrinária neste país fomentaram questionamentos acerca da teoria da perda de uma chance em outros países da Europa.

## 2.2 Posição doutrinária e Admissibilidade

A responsabilidade civil por perda de uma chance não foi até agora objeto de análise mais aprofundada pelos estudiosos do direito civil em nosso país, os doutrinadores brasileiros limitaram-se a tecer breves comentários sobre o assunto em obras sobre a responsabilidade civil.

Todavia, ainda que analisada de forma superficial pela maior parte da doutrina brasileira, percebe-se claramente que tanto os autores clássicos, quanto os contemporâneos, acabaram por aceitar a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em nosso ordenamento.

Agostinho Alvim, ao tratar da perda de prazo por parte do advogado para a interposição do recurso de apelação con-

tra a sentença prejudicial aos interesses de seu constituinte, afirma que seria impossível provar que, acaso interposto, o recurso teria logrado provimento.<sup>7</sup>

Todavia, mesmo não sendo possível fazer esta prova, Agostinho Alvim reconhece, assim como o faz a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, a existência de um dano diverso da perda da causa, consistente na perda de chance de ver a matéria reexaminada pelo Tribunal, dano este passível de prova de certeza e de quantificação.<sup>8</sup>

Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes também se mostram favoráveis à teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, afirmando que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, haja uma "probabilidade suficiente". Ou seja, exigem, assim como adeptos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, que a possibilidade perdida seja real e séria.

De acordo com Pereira, "é claro, então que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade e puder situar-se a certeza do dano".<sup>9</sup>

Nas palavras de Serpa Lopes:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustra-

<sup>7</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p. 190/191.

<sup>8</sup> ALVIM, Agostinho. *Op. Cit.* p. 190-191.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 42.

ção. Tal indenização, porém, se refere à própria chance (...) Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que se revista cada caso, e apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética.<sup>10</sup>

É importante destacar, também, a posição de Judith Martins-Costa. Essa autora, ao comentar o art. 403 do Novo Código Civil, é expressa ao afirmar que:

(...) Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por esses motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexó causal entre a relação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.<sup>11</sup>

Silvio de Salvo Venosa, retratando a doutrina Argentina de Carlos A. Ghersi, afirma ser a perda da chance um terceiro gênero de indenização, que estaria “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”, e que, havendo certo grau de probabilidade, a mesma passa a entrar na esfera do dano ressarcível.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II, p. 391.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, Tomo II, p. 391.

<sup>12</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 198/200.

Sérgio Novais Dias, por ter sido o primeiro no Brasil a enfrentar a responsabilidade civil por perda de uma chance mais profundamente e por não ter recorrido aos doutrinadores precursores que cuidaram do tema, acaba por não reconhecer o valor da chance em si considerada e a tratá-la como uma espécie de lucro cessante.

Para esse autor, em caso, por exemplo, de perda de prazo para a interposição de um recurso, o juiz responsável pelo julgamento da pretensão indenizatória ajuizada pelo cliente contra o advogado negligente terá que fazer um juízo de probabilidade de êxito do recurso que deveria ter sido interposto. Se o recurso tivesse sérias chances de ser provido, o advogado será condenado ao pagamento de indenização no valor equivalente ao que o cliente receberia do ex adverso se vencesse a demanda judicial. Em caso de remotas probabilidades de êxito do recurso, o cliente teria sua pretensão indenizatória afastada.<sup>13</sup>

A posição de Sérgio Novais Dias é, portanto, contrária ao apregoado pela teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance que entendemos deva ser receptada e aplicada em nosso ordenamento jurídico.

### 2.3 Posição jurisprudencial

A pesquisa jurisprudencial apresentada demonstra como o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em alguns julgados, a perda da chance é considerada uma modalidade de dano moral; em outras oportunidades, é inserida no conceito de lucro cessante e poucas vezes é tratada como modalidade de dano emergente.

<sup>13</sup> DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999. p. 67.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Notavelmente, neste caso a análise da teoria foi feita presisamente para dizer que não se aplicava ao caso concreto.

Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretam névoa no olho operado.<sup>14</sup>

Analisando a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram conseqüências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida, conforme se extrai do voto do Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

(...) é preciso esclarecer, para efeito de cálculo de indenização, que não se trata de perda de uma chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na perda de uma chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente (François Chabas, "La Perte d'une Chance em Droit Français" - palestra na Faculdade de

<sup>14</sup> O acórdão está assim ementado: "Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance." BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598069996**, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 de março de 2007.

Direito, 23.5.90): 'On remarque, dans ces affaires, les traits communs qui sont les caractéristiques du problème: 1. Une Faute de l'agent. 2. Um enjeu total perdu et qui pourrait être le préjudice. 3. Une absence de preuve du lien de causalité entre l'aperte de cet enjeu et la faute, parce que, par définition, cet enjeu est aleatoire. C'est une caractéristique essentielle de la question.<sup>15</sup>

Praticamente um ano após está decisão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior teve a oportunidade de relatar outra apelação cível em que se discutiu um típico caso de responsabilidade civil por perda de uma chance. Desta vez, o dano da perda da chance foi reconhecido no caso concreto.

Entretanto, a quantificação da indenização foi remetida para a liquidação de sentença, sem que tivessem sido fixadas as premissas a serem observadas pelo juízo liquidante.

O acórdão está assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com Negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Em tradução livre extraída de SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. : "Podemos perceber, nestes casos, os traços comuns que são as características do problema: 1. Uma falta do agente. 2. Uma chance perdida que poderia ser o dano. 3. Uma ausência de prova do nexo de causalidade entre a perda desta chance e a falta, porque por definição esta chance é aleatória. É uma característica essencial da questão."

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591064837**, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/8/1991. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Notavelmente, neste caso a análise da teoria foi feita precisamente para dizer que não se aplicava ao caso concreto.

Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretam névoa no olho operado.<sup>14</sup>

Analisando a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram conseqüências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida, conforme se extrai do voto do Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

(...) é preciso esclarecer, para efeito de cálculo de indenização, que não se trata de perda de uma chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na perda de uma chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente (François Chabas, "La Perte d'une Chance em Droit Français" - palestra na Faculdade de

<sup>14</sup> O acórdão está assim ementado: "Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance." BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 598069996*, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 de março de 2007.

Direito, 23.5.90): 'On remarque, dans ces affaires, lès traits communs qui sont lès caractéristiques du problème: 1. Une Faute de l'agent. 2. Um enjeu total perdu et qui pourrait être lè préjudice. 3. Une absence de preuve du lien de causalité entre l'aperte de cet enjeu et la faute, parce que, par définition, cet enjeu est aleatoire. C'est une caractéristique essentielle de la question.<sup>15</sup>

Praticamente um ano após está decisão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior teve a oportunidade de relatar outra apelação cível em que se discutiu um típico caso de responsabilidade civil por perda de uma chance. Desta vez, o dano da perda da chance foi reconhecido no caso concreto.

Entretanto, a quantificação da indenização foi remetida para a liquidação de sentença, sem que tivessem sido fixadas as premissas a serem observadas pelo juízo liquidante.

O acórdão está assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com Negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Em tradução livre extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. : "Podemos perceber, nestes casos, os traços comuns que são as características do problema: 1. Uma falta do agente. 2. Uma chance perdida que poderia ser o dano. 3. Uma ausência de prova do nexo de causalidade entre a perda desta chance e a falta, porque por definição esta chance é aleatória. É uma característica essencial da questão."

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 591064837*, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/8/1991. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

A autora da ação havia contratado o réu como seu advogado para ajuizar uma ação contra o INPS, visando o recebimento de pensão previdenciária em razão da morte de seu marido. A ação judicial foi distribuída em 1975, no Foro de Nova Hamburgo, para a 1ª Vara Cível, sendo que o processo jamais chegou àquele cartório por ter se extraviado.

O advogado apesar do extravio dos autos, não informou tal fato à sua constituinte e tampouco providenciou a restauração dos autos, cerceando o direito da autora de ver apreciado em juízo seu pedido de pensionamento pelo INPS.<sup>17</sup>

O Desembargador Ruy Rosado reconheceu que a atitude negligente do advogado réu fez com que a autora perdesse a chance de ver a sua ação julgada pelo Tribunal e, com isso, sofresse um dano representado pela chance perdida.

Neste sentido, cumpre transcrever o trecho do voto do relator em que está fundamentada a indenização da chance perdida:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la' ('La Perte d'une chance em Droit Français', conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) (...) (...) Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, atreves de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.

<sup>17</sup> Interpretação extraída de SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 46.

Este foram os primeiros acórdãos de tribunais estaduais acerca da responsabilidade civil por perda de uma chance. A partir destes, surgiram a surgir diversos outros julgados em que se enfrentou a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, cuja análise crítica se mostra imprescindível para o adequado posicionamento da questão com casos práticos.

### 2.3.1 A perda da chance como modalidade de dano moral

Em inúmeras situações a questão da existência de uma chance séria e real foi enfrentada adequadamente pelos tribunais. No entanto, o dano da perda da chance era enquadrado unicamente como uma espécie ou como um "agregador" do dano moral.

Um bom exemplo da correta aferição da certeza da chance perdida, mas que enquadra este dano como modalidade de dano moral é o acórdão dos Embargos Infringentes nº 598164077, julgado pelo 1º Grupo de Câmeras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que possui a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCALIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. Demonstrada a falha na aplicação de prova prática de datilografia em concurso público pela inobservância das regras do Manual de Instruções para Fiscalização, segundo as quais deveriam ser recolhidas todas as cinco folhas entregues ao candidato, cabia à Administração Pública comprovar que este não as restituira. Na falta desta prova, é de se presumir que a prova restou extraviada por culpa da Administração.

A autora da ação havia contratado o réu como seu advogado para ajuizar uma ação contra o INPS, visando o recebimento de pensão previdenciária em razão da morte de seu marido. A ação judicial foi distribuída em 1975, no Foro de Nova Hamburgo, para a 1ª Vara Cível, sendo que o processo jamais chegou àquele cartório por ter se extraviado.

O advogado apesar do extravio dos autos, não informou tal fato à sua constituinte e tampouco providenciou a restauração dos autos, cerceando o direito da autora de ver apreciado em juízo seu pedido de pensionamento pelo INPS.<sup>17</sup>

O Desembargador Ruy Rosado reconheceu que a atitude negligente do advogado réu fez com que a autora perdesse a chance de ver a sua ação julgada pelo Tribunal e, com isso, sofresse um dano representado pela chance perdida.

Neste sentido, cumpre transcrever o trecho do voto do relator em que está fundamentada a indenização da chance perdida:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la' ('La Perte d'une chance em Droit Français', conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) (...) (...) Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, atreves de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.

<sup>17</sup> Interpretação extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 46.

Este foram os primeiros acórdãos de tribunais estaduais acerca da responsabilidade civil por perda de uma chance. A partir destes, surgiram a surgir diversos outros julgados em que se enfrentou a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, cuja análise crítica se mostra imprescindível para o adequado posicionamento da questão com casos práticos.

### 2.3.1 A perda da chance como modalidade de dano moral

Em inúmeras situações a questão da existência de uma chance séria e real foi enfrentada adequadamente pelos tribunais. No entanto, o dano da perda da chance era enquadrado unicamente como uma espécie ou como um "agregador" do dano moral.

Um bom exemplo da correta aferição da certeza da chance perdida, mas que enquadra este dano como modalidade de dano moral é o acórdão dos Embargos Infringentes nº 598164077, julgado pelo 1º Grupo de Câmeras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que possui a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCALIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. Demonstrada a falha na aplicação de prova prática de datilografia em concurso público pela inobservância das regras do Manual de Instruções para Fiscalização, segundo as quais deveriam ser recolhidas todas as cinco folhas entregues ao candidato, cabia à Administração Pública comprovar que este não as restituira. Na falta desta prova, é de se presumir que a prova restou extraviada por culpa da Administração.

Hipótese em que restou demonstrada a violação ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos com a perda da chance concreta de lograr aprovação e de ser nomeado. Embargos acolhidos. Votos vencidos.<sup>18</sup>

Diante da seriedade da chance perdida, o Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação, condenando o réu ao pagamento, a título de dano moral, da quantia correspondente a cinco vencimentos do cargo de oficial escrevente de entrância final. A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento, por maioria, ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul para julgar improcedente o pedido. O voto vencido que prevaleceu no julgamento dos Embargos Infringentes deu provimento ao recurso do Autor para elevar a condenação para dez vencimentos, também a título de danos morais.

O enquadramento da perda da chance como dano moral também ocorre em alguns julgados sobre a responsabilidade civil do advogado. Nesse sentido, é o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como a seguinte ementa:

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo de recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringente nº 598164077**, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator. Dês. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 6/11/1998. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato de seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.<sup>19</sup>

Nos casos citados os Tribunais simplesmente ignoraram o dano material decorrente da perda da chance, exatamente pelo fato de terem considerado a perda da chance como modalidade de dano moral.

Enfim, não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, ser considerada um “congregadar” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2003.001.19138**, 14ª Câmara Cível, Relator Dês. Ferdinando do Nascimento, julgado em 7/10/2003. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=XJRPxWEB> Acesso em: 20 de março de 2007. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006606487**, 10ª Câmara Cível, Relator Dês. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 6/11/2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

### 2.3.2 A equivocada quantificação do dano da perda da chance

Certos julgadores, apesar de constatarem a responsabilidade civil por perda de uma chance, se equivocam no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima.

É o caso, por exemplo, da Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa está assim elaborada:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO.<sup>20</sup>

Neste caso, o advogado perdeu o prazo para a interposição do recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses do constituinte. O acórdão reconheceu o dano da perda da chance. Contudo, ao quantificar o dano, condenou

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70005473061*, 9ª Câmara Cível, Relator Dês. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

o advogado réu ao pagamento de tudo aquilo que o seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal e provido pelo Tribunal.<sup>21</sup>

Ou seja, apesar de se tratar de um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão, a nosso sentir equivocadamente, condenou o advogado ao pagamento de lucros cessantes sofridos pelo autor da ação. Isto porque ninguém poderia afirmar que se o recurso tivesse sido interposto, ele seria provido com certeza. O máximo que se poderia afirmar era que o mesmo tinha muitas chances de êxito, e estas chances é que deveriam ter sido indenizadas.

### 2.3.3 O acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de, ter enfrentado pouquíssimas vezes litígios em que se debateu a responsabilidade por perda de uma chance, parece compreender corretamente a teoria e acolhê-la.

Um recente caso, julgado em 8 de novembro de 2005, pela Quarta Turma e relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves é o caso do “Show do Milhão”<sup>22</sup>, onde o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o seu posicionamento favorável ao acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. A ementa do acórdão é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem a viabilidade lógica, uma vez que a

<sup>21</sup> Relatório extraído de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 61.

<sup>22</sup> Idem



Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

Recurso conhecido e, em parte, provido.

Conforme se demonstra do relatório do caso em tela, a autora da ação havia participado do programa televisivo "Show do Milhão", comandado pelo Silvio Santos e veiculado no SBT. Trata-se de um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro é oferecido ao participante que responder corretamente a uma série de questões versando sobre conhecimento gerais.

De acordo com o regulamento do programa, a cada pergunta respondida de forma correta o participante vai aumentando o montante do prêmio em barras de ouro a receber, de forma que, caso acerte a penúltima pergunta, o participante acumulará R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A autora da ação tinha logrado êxito nas respostas a todas as perguntas formuladas, tendo chegado à "pergunta do milhão", acumulando, assim, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Após ler a pergunta, o participante tem alguns segundos para optar por responder a pergunta ou parar. Optando por responder, caso responda de maneira correta recebe um milhão de reais. Por outro lado, se errar, perde os R\$ 500.000,00 acumulados ao longo de sua participação, recebendo apenas um prêmio simbólico de trezentos reais. Se, no entanto, o participante prefere não responder a pergunta, recebe os quinhentos mil em barras de ouro acumulados ao longo do programa.

Feita a "pergunta do milhão", a autora dessa ação optou por não respondê-la, por entender que a pergunta da forma em que fora formulada não havia resposta. Assim, para não perder os quinhentos mil reais que já havia acumulado. A autora optou por parar.

Todavia, por "achar" que a produção do programa teria agido de má-fé formulando uma pergunta que não tinha resposta, ajuizou ação requerendo o pagamento de indenização por danos materiais e morais, aqueles no valor de quinhentos mil reais que perdeu a oportunidade de receber em razão da conduta da ré, e estes a serem arbitrados pelo juiz.

Outrossim, analisando as regras do jogo e o conteúdo da pergunta do milhão, percebe-se que foi deliberadamente elaborada de uma forma que não poderia ser respondida, por inexistir resposta correta.

A "pergunta do milhão", no caso, era a seguinte: "A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território Brasileiro?" Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro opções: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4% ou (4) 10%.

A questão, como fora formulada, realmente não tinha como ser respondida. Isso porque, a Constituição Federal não estabelece percentual do território brasileiro aos índios.

Concluindo que a "pergunta do milhão" era realmente "irrespondível" e que, por este motivo, a autora viu-se obrigada a não respondê-la, sob pena de dar uma resposta falsa, inexistente na Constituição Federal e de perder tudo que havia ganhado até então, a Juíza do caso proferiu sentença julgando procedente em parte os pedidos autorais, rejeitando, apenas, o pedido de indenização por danos morais. Consta da fundamentação da sentença:

Concluiu-se, assim, que sendo a pergunta verdadeiramente irrespondível, foi retirada da autora a chance de ga-

Conforme se verifica do trecho do voto acima transcrito, o Ministro Fernando Gonçalves atacou muito bem a questão, tendo chegado à conclusão de que não era possível afirmar que a autora acertaria, com absoluta certeza, uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, desta vez, fosse passível de resposta. Inexistindo certeza do acerto da resposta entendeu não ser possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor, já que ausente um dos pressupostos “do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante”.<sup>24</sup>

Para o cálculo da indenização o Ministro Fernando Gonçalves calculou de forma matemática quais eram as reais chances que a autora tinha de acertar a “pergunta do milhão”. Como havia quatro alternativas de resposta, entendeu que as chances da autora eram de 25% (vinte e cinco por cento) e condenou a ré ao pagamento de 25% dos R\$ 500.000,00, que a autora viu-se impossibilitada de receber.

Os dois outros casos em que a teoria da perda da chance foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça são muitos parecidos e podem ser facilmente compreendidos pela simples leitura de ementas:

AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO INTERPOSTO DE DECISÃO INDEFERITÓRIA DE RECURSO ESPECIAL. Frustração do direito de participar de concorrência pública, tida por indispensável. Prejuízo meramente hipotético, já que fundado em mera expectativa de fato, não abrangida pelo art. 1.050 do Código Civil. A mera chance de vencer o certame só

<sup>24</sup> Crítica extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 79.

seria passível de indenização, se demonstrado fora que possuía, por si só, expressão patrimonial. Agravo desprovido.<sup>24</sup>

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. HIPÓTESE EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALÉM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. Se o Estado dispensa licitação para a cessão de uso de bem público, as empresas assim alijadas da concorrência devem atacar o ato administrativo que deixou de seguir o procedimento próprio; sem a anulação deste, o hipotético lucro que teriam se vencessem a licitação não é indenizável, na medida em que o artigo 1.059 do Código Civil supõe dano efetivo ou frustração de lucro que razoavelmente se poderia esperar - circunstâncias inexistentes na espécie, em razão da incerteza acerca de quem venceria a licitação, se realizada. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido e provido; prejudicado o recurso interposto pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.<sup>25</sup>

Como nestes julgados, as chances não foram consideradas sérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Entendemos que esta Corte está aplicando corretamente a teoria, estando aberta ao acolhimento da indenização da chance perdida por si só considerada, desde que esta seja séria e real.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 32575-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 1/9/1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

Conforme se verifica do trecho do voto acima transcrito, o Ministro Fernando Gonçalves atacou muito bem a questão, tendo chegado à conclusão de que não era possível afirmar que a autora acertaria, com absoluta certeza, uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, desta vez, fosse passível de resposta. Inexistindo certeza do acerto da resposta entendeu não ser possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor, já que ausente um dos pressupostos “do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante”.<sup>24</sup>

Para o cálculo da indenização o Ministro Fernando Gonçalves calculou de forma matemática quais eram as reais chances que a autora tinha de acertar a “pergunta do milhão”. Como havia quatro alternativas de resposta, entendeu que as chances da autora eram de 25% (vinte e cinco por cento) e condenou a ré ao pagamento de 25% dos R\$ 500.000,00, que a autora viu-se impossibilitada de receber.

Os dois outros casos em que a teoria da perda da chance foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça são muitos parecidos e podem ser facilmente compreendidos pela simples leitura de ementas:

AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO INTERPOSTO DE DECISÃO INDEFERITÓRIA DE RECURSO ESPECIAL. Frustração do direito de participar de concorrência pública, tida por indispensável. Prejuízo meramente hipotético, já que fundado em mera expectativa de fato, não abrangida pelo art. 1.050 do Código Civil. A mera chance de vencer o certame só

<sup>24</sup> Crítica extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 79.

seria passível de indenização, se demonstrado fora que possuía, por si só, expressão patrimonial. Agravo desprovido.<sup>24</sup>

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. HIPÓTESE EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALÉM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. Se o Estado dispensa licitação para a cessão de uso de bem público, as empresas assim alijadas da concorrência devem atacar o ato administrativo que deixou de seguir o procedimento próprio; sem a anulação deste, o hipotético lucro que teriam se vencessem a licitação não é indenizável, na medida em que o artigo 1.059 do Código Civil supõe dano efetivo ou frustração de lucro que razoavelmente se poderia esperar - circunstâncias inexistentes na espécie, em razão da incerteza acerca de quem venceria a licitação, se realizada. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido e provido; prejudicado o recurso interposto pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.<sup>25</sup>

Como nestes julgados, as chances não foram consideradas sérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Entendemos que esta Corte está aplicando corretamente a teoria, estando aberta ao acolhimento da indenização da chance perdida por si só considerada, desde que esta seja séria e real.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 32575-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 1/9/1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma verdadeira expectativa possível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, nos casos de perda de chance não há como se negar, em determinadas hipóteses, a existência de uma possibilidade de vitória, de uma oportunidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, é justo afirmar que, em relação à exclusão daquela possibilidade, existe um dano jurídico passível de indenização.

Por isso, em certos casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

Ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda de uma chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão judicial).<sup>26</sup>

Todavia, a aplicação da teoria encontra limites, pois, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor

<sup>26</sup> Conclusão extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis. Isto porque a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias serão passíveis de indenização.

Por fim, a própria evolução da responsabilidade civil impõe o acolhimento da perda de uma chance, uma vez que, por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passou a ser o objeto da atenção do legislador. Na maioria das vezes, aquele que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo será considerado vítima de um dano injusto e, por este motivo, deverá ser indenizado.

## REFERÊNCIAS

### 1 Livros

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. Tomo II

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de direito civil: fontes das obrigações**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. IV. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma verdadeira expectativa possível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, nos casos de perda de chance não há como se negar, em determinadas hipóteses, a existência de uma possibilidade de vitória, de uma oportunidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, é justo afirmar que, em relação à exclusão daquela possibilidade, existe um dano jurídico passível de indenização.

Por isso, em certos casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

Ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda de uma chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão judicial).<sup>26</sup>

Todavia, a aplicação da teoria encontra limites, pois, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor

<sup>26</sup> Conclusão extraída de SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis. Isto porque a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias serão passíveis de indenização.

Por fim, a própria evolução da responsabilidade civil impõe o acolhimento da perda de uma chance, uma vez que, por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passou a ser o objeto da atenção do legislador. Na maioria das vezes, aquele que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo será considerado vítima de um dano injusto e, por este motivo, deverá ser indenizado.

## REFERÊNCIAS

### 1 Livros

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. Tomo II

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. IV. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. I

## 2. Legislação e jurisprudência

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicado no D.O.U. de 5 out.1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Publicado no D.O.U. de 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598069996**, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990. Disponível em: < [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591064837**, da 5ª Câmara Cível, Relator Dês. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/8/1991. Disponível

em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringente nº 598164077**, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator. Dês. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 6/11/1998. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2003.001.19138**, 14º Câmara Cível, Relator Dês. Ferdinando do Nascimento, julgado em 7/10/2003. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LA B=XJRPxWEB> Acesso em: 20 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006606487**, 10ª Câmara Cível, Relator Dês. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 6/11/2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70005473061**, 9ª Câmara Cível, Relator Dês. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/)>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.549-BA**, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº AG 4.364-SP**, 2ª Turma, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Julgado em 10/10/1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 32575-SP**, 2ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 1/9/1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

## ADOÇÃO VERSUS RELAÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE

*Tereza Maria Barbosa Nogueira*  
Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro/RJ, Instituto dos Magistrados de Pernambuco - IMP, Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento Jurídico - IDAJ; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal, também pela Universidade Cândido Mendes - RJ; Distinguida com o Prêmio Pe. Manoel da Nóbrega S.J., "2º lugar".

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 FAMÍLIA: INSTITUTO-VALOR E DIREITO DE TODOS OS CIDADÃOS. 3 ASPECTOS LEGALIFORMES E UNIÃO HOMOAFETIVA. 4 ADOÇÃO VERSUS UNIÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS

### 1 INTRODUÇÃO

Desde muito tempo, as relações homossexuais são segregadas do meio social e entendidas, por muitos, como não objeto de direitos, mas de escárnio e desprezo no grupo comunitário. Recém democratizado, passa o país, atualmente, por um processo de resgate de suas dívidas sociais, no que concerne também ao homossexual, à semelhança do que tem ocorrido com o negro e com a mulher, ambos persistentes na luta por seus espaços.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº AG 4.364-SP**, 2ª Turma, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Julgado em 10/10/1990. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 32575-SP**, 2ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 1/9/1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

## ADOÇÃO VERSUS RELAÇÃO HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE

*Tereza Maria Barbosa Nogueira*

Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro/RJ, Instituto dos Magistrados de Pernambuco - IMP, Instituto de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento Jurídico - IDAJ; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal, também pela Universidade Cândido Mendes - RJ; Distinguida com o Prêmio Pe. Manoel da Nóbrega S.J., "2º lugar".

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 FAMÍLIA: INSTITUTO-VALOR E DIREITO DE TODOS OS CIDADÃOS. 3 ASPECTOS LEGALIFORMES E UNIÃO HOMOAFETIVA. 4 ADOÇÃO VERSUS UNIÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS

### 1 INTRODUÇÃO

Desde muito tempo, as relações homossexuais são segregadas do meio social e entendidas, por muitos, como não objeto de direitos, mas de escárnio e desprezo no grupo comunitário. Recém democratizado, passa o país, atualmente, por um processo de resgate de suas dívidas sociais, no que concerne também ao homossexual, à semelhança do que tem ocorrido com o negro e com a mulher, ambos persistentes na luta por seus espaços.



No mundo das leis tais relações sequer foram institucionalizadas, o que, para alguns, denuncia, claramente, a certeza segregacionista. Como permitir, portanto, a adoção de menores por pares homossexuais que nem mesmo existem para o Direito? Como acreditar que pessoas de “comportamento pervertido”, como afirma a Igreja e a Bancada Evangélica, possam educar retamente menores em formação?

Sem dúvida alguma, as relações homossexuais constituem hoje, queiramos ou não, um Fato Social, já sendo tratado pelos vanguardistas como um Fato Jurídico, diante da omissão legal. Peca o legislador por fechar os olhos, mais uma vez, à realidade fática que, como sempre, antecipa-se à jurídica.

Pretendemos, destarte, nessas breves linhas, defender (e nisso acompanhamos a melhor jurisprudência) a possibilidade de adoção por pares homoafetivos, trazendo argumentos contrários e fazendo uma breve análise constitucional e estatutária acerca do instituto.

Quanto à metodologia utilizada para delineamento desta concepção, utilizamos o método hipotético-dedutivo, bem como o comparativo, no qual a problemática estudada permitiu a análise de semelhanças, diferenças e de problemas ou situações, de modo a distinguir similitudes e discutir divergências, como será visto em momento apropriado. (VIANNA, 2001, pág. 150),

Para tanto, a pesquisa preliminar realizou-se da seguinte forma: levantamento bibliográfico, no qual se buscou a reunião de materiais concernentes ao tema; análise dos dados colhidos, para conseqüente aprofundamento teórico; e conclusão. No que tange à organização e sistemática, realizamos breve estudo acerca do instituto da família, considerada por nós como instituto-valor e direito de todos os cidadãos; levantamos os aspectos legaliformes da união homoafetiva para,

ao final, abordarmos o tema central deste artigo, defendendo a possibilidade da adoção por pares homossexuais.

Acompanhar, destarte, o progresso deste campo, não apenas interpretando a omissão legal e a própria Constituição, como também buscando formas de adequação à realidade sócio-cultural é necessidade premente, cuja viabilidade torna-se, por assim dizer, fática. É esse mais um desafio para o Poder Judiciário, cujos obstáculos começamos também a transpor agora.

## 2 FAMÍLIA: INSTITUTO-VALOR E DIREITO DE TODOS OS CIDADÃOS

Uma sociedade, politicamente organizada, será tão adequada quanto lhe permitir o estado psico-social e o acesso dos indivíduos aos direitos que a integram. É por estarmos em constante comunicação com o mundo, que profundas modificações são permanentemente inseridas no contexto social, ora invertendo, ora alterando, simplesmente, papéis sociais pré-construídos.

Cultura e família influenciam-se, mutuamente, determinando o certo e o errado de cada época. Nesta relação, feridas sociais visíveis e invisíveis são herdadas e reconstruídas ao longo das gerações. No ir e vir de valores de toda ordem (de ética, de cidadania e de justiça) são transmitidas lealdades morais, filosóficas, orientações religiosas, posicionamentos políticos e condicionamentos psico-comportamentais, através dos quais várias gerações de famílias assumem compromissos que poderão se constituir em dívidas ou méritos para as gerações futuras.

Um dos maiores desafios da sociedade pós-contemporânea é, justamente, a construção de direitos humanos que redefinem valores, lealdades e ética nos tratos familiares e de convivência. Até recentemente, por exemplo, a família, um

No mundo das leis tais relações sequer foram institucionalizadas, o que, para alguns, denuncia, claramente, a certeza segregacionista. Como permitir, portanto, a adoção de menores por pares homossexuais que nem mesmo existem para o Direito? Como acreditar que pessoas de “comportamento pervertido”, como afirma a Igreja e a Bancada Evangélica, possam educar retamente menores em formação?

Sem dúvida alguma, as relações homossexuais constituem hoje, queiramos ou não, um Fato Social, já sendo tratado pelos vanguardistas como um Fato Jurídico, diante da omissão legal. Peca o legislador por fechar os olhos, mais uma vez, à realidade fática que, como sempre, antecipa-se à jurídica.

Pretendemos, destarte, nessas breves linhas, defender (e nisso acompanhamos a melhor jurisprudência) a possibilidade de adoção por pares homoafetivos, trazendo argumentos contrários e fazendo uma breve análise constitucional e estatutária acerca do instituto.

Quanto à metodologia utilizada para delineamento desta concepção, utilizamos o método hipotético-dedutivo, bem como o comparativo, no qual a problemática estudada permitiu a análise de semelhanças, diferenças e de problemas ou situações, de modo a distinguir similitudes e discutir divergências, como será visto em momento apropriado. (VIANNA, 2001, pág. 150),

Para tanto, a pesquisa preliminar realizou-se da seguinte forma: levantamento bibliográfico, no qual se buscou a reunião de materiais concernentes ao tema; análise dos dados colhidos, para conseqüente aprofundamento teórico; e conclusão. No que tange à organização e sistemática, realizamos breve estudo acerca do instituto da família, considerada por nós como instituto-valor e direito de todos os cidadãos; levantamos os aspectos legaliformes da união homoafetiva para,

ao final, abordarmos o tema central deste artigo, defendendo a possibilidade da adoção por pares homossexuais.

Acompanhar, destarte, o progresso deste campo, não apenas interpretando a omissão legal e a própria Constituição, como também buscando formas de adequação à realidade sócio-cultural é necessidade premente, cuja viabilidade torna-se, por assim dizer, fática. É esse mais um desafio para o Poder Judiciário, cujos obstáculos começamos também a transpor agora.

## 2 FAMÍLIA: INSTITUTO-VALOR E DIREITO DE TODOS OS CIDADÃOS

Uma sociedade, politicamente organizada, será tão adequada quanto lhe permitir o estado psico-social e o acesso dos indivíduos aos direitos que a integram. É por estarmos em constante comunicação com o mundo, que profundas modificações são permanentemente inseridas no contexto social, ora invertendo, ora alterando, simplesmente, papéis sociais pré-construídos.

Cultura e família influenciam-se, mutuamente, determinando o certo e o errado de cada época. Nesta relação, feridas sociais visíveis e invisíveis são herdadas e reconstruídas ao longo das gerações. No ir e vir de valores de toda ordem (de ética, de cidadania e de justiça) são transmitidas lealdades morais, filosóficas, orientações religiosas, posicionamentos políticos e condicionamentos psico-comportamentais, através dos quais várias gerações de famílias assumem compromissos que poderão se constituir em dívidas ou méritos para as gerações futuras.

Um dos maiores desafios da sociedade pós-contemporânea é, justamente, a construção de direitos humanos que redefinem valores, lealdades e ética nos tratos familiares e de convivência. Até recentemente, por exemplo, a família, um

dos mais arraigados institutos sociais, era entendida como a união, por meio do casamento, de homem e mulher, com o objetivo de constituir uma prole, concentrar e transmitir patrimônio. Tanto era assim que os filhos havidos fora do casamento, denominados “filhos ilegítimos”, sofriam sérias restrições, em termos de direito sucessório.

Com o processo de industrialização nacional, e conseqüente êxodo rural, as famílias antes numerosas, passaram a viver num amontoado de favelas e prédios, reduzindo-se drasticamente de tamanho. Não bastasse isso, o movimento pela liberação sexual, em muito, contribuiu para a formação de um novo perfil de família, constituída por pessoas que vivem cada qual no seu espaço. Quando perguntamos às mulheres de hoje quantos filhos pretendem, as respostas, comumente, variam entre um, dois e nenhum. A grande maioria das uniões de hoje se formam por vínculo de afeto e não, necessariamente, para geração de filhos. O próprio desemprego, a violência urbana, e tantos outros problemas de cunho social, dão origem a um número cada vez maior de pessoas que não constituem famílias nos moldes tradicionais, que optam por viverem sozinhas, ou com parentes, amigos, companheiros, ou pessoas do mesmo sexo.

De acordo com os registros históricos, o homossexualismo já era cultivado por nossos antepassados gregos, romanos e egípcios. Segundo Dias (DIAS, *apud* MASCHIO, 2001), os gregos atribuíam à homossexualidade características de intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo, inclusive, mais nobre que o relacionamento heterossexual. A partir da Idade Média, com a ascensão das religiões, é que o homossexualismo passou a ser considerado uma perversão, uma anomalia.

Retornando ao Brasil, somente em finais do século anterior, com o advento da Constituição da República de 1988, é que esse quadro separatista ganhou nova conotação. A con-

gratulação de princípios democráticos, como a liberdade de crença, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a vedação constitucional de distinções de qualquer natureza, lastreados todos no princípio da dignidade da pessoa humana - considerado pela melhor doutrina como princípio estruturante (MIRANDA, 2002, p. 41) - rompe, definitivamente, com a conjuntura social e jurídica anterior, na medida em que demonstra a evolução de uma sociedade a passos largos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2004), Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, “raras vezes uma constituição conseguiu produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como o fez a Constituição Brasileira de 1988.”

Incansável defensora dos direitos relativos a homossexuais, a autora aponta, ainda, a constitucionalização das relações familiares como outro vértice da nova ordem jurídica, afirmando que “mudou significativamente o conceito de família, afastando diferenciações e discriminações, que não mais se justificavam em uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre” (DIAS, 2004). Tal alargamento conceitual, para ela, “acabou deitando reflexos na própria conformação da família, palavra que não mais pode ser utilizada no singular” (DIAS, 2004).

Na vanguarda desses direitos, o legislador encarregou-se de expurgar expressões como “ilegítima”, “espúria”, “adulterina” e, no que tange à lei penal, “mulher honesta”, a qual apesar de manter-se na literalidade do texto, sofreu mutação interpretativa. “As mudanças sociais, portanto, oriundas dos costumes, conduziram a uma “verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade” (DIAS, 2004).

Nessa redefinição de agora, com a evolução dos costumes, o avanço da engenharia genética, a quebra de tabus e do

dos mais arraigados institutos sociais, era entendida como a união, por meio do casamento, de homem e mulher, com o objetivo de constituir uma prole, concentrar e transmitir patrimônio. Tanto era assim que os filhos havidos fora do casamento, denominados “filhos ilegítimos”, sofriam sérias restrições, em termos de direito sucessório.

Com o processo de industrialização nacional, e conseqüente êxodo rural, as famílias antes numerosas, passaram a viver num amontoado de favelas e prédios, reduzindo-se drasticamente de tamanho. Não bastasse isso, o movimento pela liberação sexual, em muito, contribuiu para a formação de um novo perfil de família, constituída por pessoas que vivem cada qual no seu espaço. Quando perguntamos às mulheres de hoje quantos filhos pretendem, as respostas, comumente, variam entre um, dois e nenhum. A grande maioria das uniões de hoje se formam por vínculo de afeto e não, necessariamente, para geração de filhos. O próprio desemprego, a violência urbana, e tantos outros problemas de cunho social, dão origem a um número cada vez maior de pessoas que não constituem famílias nos moldes tradicionais, que optam por viverem sozinhas, ou com parentes, amigos, companheiros, ou pessoas do mesmo sexo.

De acordo com os registros históricos, o homossexualismo já era cultivado por nossos antepassados gregos, romanos e egípcios. Segundo Dias (DIAS, *apud* MASCHIO, 2001), os gregos atribuíam à homossexualidade características de intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo, inclusive, mais nobre que o relacionamento heterossexual. A partir da Idade Média, com a ascensão das religiões, é que o homossexualismo passou a ser considerado uma perversão, uma anomalia.

Retornando ao Brasil, somente em finais do século anterior, com o advento da Constituição da República de 1988, é que esse quadro separatista ganhou nova conotação. A con-

gratulação de princípios democráticos, como a liberdade de crença, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a vedação constitucional de distinções de qualquer natureza, lastreados todos no princípio da dignidade da pessoa humana - considerado pela melhor doutrina como princípio estruturante (MIRANDA, 2002, p. 41) - rompe, definitivamente, com a conjuntura social e jurídica anterior, na medida em que demonstra a evolução de uma sociedade a passos largos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2004), Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, “raras vezes uma constituição conseguiu produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como o fez a Constituição Brasileira de 1988.”

Incansável defensora dos direitos relativos a homossexuais, a autora aponta, ainda, a constitucionalização das relações familiares como outro vértice da nova ordem jurídica, afirmando que “mudou significativamente o conceito de família, afastando diferenciações e discriminações, que não mais se justificavam em uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre” (DIAS, 2004). Tal alargamento conceitual, para ela, “acabou deitando reflexos na própria conformação da família, palavra que não mais pode ser utilizada no singular” (DIAS, 2004).

Na vanguarda desses direitos, o legislador encarregou-se de expurgar expressões como “ilegítima”, “espúria”, “adulterina” e, no que tange à lei penal, “mulher honesta”, a qual apesar de manter-se na literalidade do texto, sofreu mutação interpretativa. “As mudanças sociais, portanto, oriundas dos costumes, conduziram a uma “verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade” (DIAS, 2004).

Nessa redefinição de agora, com a evolução dos costumes, o avanço da engenharia genética, a quebra de tabus e do

preconceito, não podemos deixar de concordar com a *expert* para dizer que família tornou-se um espectro multifacetário (DIAS, 2004). O enferrujado conceito de família, portanto, como protetora da moral e dos bons costumes, fruto exclusivo do sacramento, cede lugar ao vínculo do afeto, a unir pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou religiosa, a privilegiar o exercício de direitos constitucionalmente consagrados: a privacidade, a liberdade de escolha e a vida do outro. Seja a família composta como for, é instituto-valor e direito de todos os cidadãos.

### 3 ASPECTOS LEGALIFORMES E UNIÃO HOMOA-FETIVA

Depois de mais de duas décadas de regime militar e ostracismo da democracia, em 1988, sob a égide da República, o constituinte originário consagrou, no artigo 1º, inciso III, o que pode ser chamado na atualidade de maior princípio humano ou princípio estruturante, como prefere Jorge Miranda (2002): a dignidade da pessoa humana. Tão sólida é a conotação estruturante deste princípio, que dele decorrem tantos outros explícitos ou implicitamente colocados no texto constitucional, os chamados princípios estruturados. Se não vejamos:

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, por exemplo, exalta a igualdade de todos perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**. O inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa a promoção do bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**. (grifos nossos). Em ambos os casos, referiu-se o legislador a princípios estruturados.

No cotejo daquele princípio estruturante, outra interpretação não há, senão a de que inexistente lugar, no ordenamento

jurídico brasileiro, para normas que, de qualquer maneira, contemplem a diferença, não se podendo, portanto, enxergar na Constituição o que, como visto, ela expressamente repeliu: discriminações atentatórias e exclusivismos.

O artigo 226 da CR, ao tratar explicitamente de diferentes entidades familiares, não pode ser interpretado no sentido de norma taxativa, a encerrar *numerus clausus*. A proteção de um tipo ou tipos exclusivos de família como modelo preferencial a tolher a evolução natural da sociedade não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana e, nem mesmo, com a ideologia da nossa atual Constituição. Tanto é assim, que a Constituição de 1988, no capítulo sobre a família, suprimiu a cláusula de exclusão, mantida nas Constituições anteriores, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, passando a adotar um conceito aberto, abrangente e de inclusão, que influenciou o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre à frente de seu tempo, o qual firmou jurisprudência no sentido do reconhecimento de união estável entre homossexuais<sup>1</sup>.

Lobo (2004), versando sobre o tema, destaca que as entidades familiares devem, dessa forma, ser entendidas como aquelas que preencham os requisitos de afetividade, estabele-

<sup>1</sup> EMENTA: homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. É justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (grifou-se). Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 28 jun. 2006.

dade e ostensibilidade. “Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra” (LOBO, 2004).

Quando a Constituição trata de família, portanto, está a referir-se a cada uma e a todas as entidades possíveis. “Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.” (LOBO, 2004).

#### 4 ADOÇÃO *VERSUS* UNIÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE

Chiarini Júnior (2003), advogado e árbitro em Pouso Alegre - MG, citando Maria Berenice Dias, defende a adoção por pares homossexuais, estruturando seu entendimento da seguinte forma:

Primeiramente, destaca o autor que a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, pelo qual se cria um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica. Para ratificar seu entendimento, exemplifica que o distanciamento da verdade também ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não quer dizer que o registrando não tenha pai. Em ambas as hipóteses, o que é consignado não espelha a verdade real, e, nessa linha de raciocínio, nenhum impedimento haveria para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Segundo, afirma que o art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a colocação no que denomina de ‘família substituta’, não definindo qual a conformação dessa família. Destaca que se limitou a lei, em seu art. 25, a conceituar o que seja família natural: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes”. Salienta, ainda, que, diante da especificidade

dessa definição, não se pode ter por co-extensivo esse conceito: que a família substituta deva ter a mesma estruturação da família natural. Sob esse enfoque, não há vedação para um casal homossexual ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Terceiro, ressalta que a única objeção que ainda poderia ser suscitada emerge da dicção do art. 29 do diploma menorista: “Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Todavia, aponta que, apesar disso, não se pode declarar, *a priori*, ser o ambiente familiar homoafetivo inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja com ela incompatível. Referida postura, destaca, revela-se nitidamente preconceituosa, já que as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Outro forte argumento levantado agora pelo próprio autor é o de que, ao decidir sobre uma possível adoção, o juiz deve levar em conta as “reais vantagens” para o menor que poderão advir da adoção, o que constitui um dever do magistrado, pois, segundo o artigo 43 da Lei 8069/90: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, decidindo, sempre, pelo bem-estar do menor. (CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Aponta ainda, que a mesma lei não estabelece qualquer impedimento para o adotante homossexual, ao dizer, em seu artigo 42: “Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente de estado civil. §1º Não podem adotar

dade e ostensibilidade. “Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra” (LOBO, 2004).

Quando a Constituição trata de família, portanto, está a referir-se a cada uma e a todas as entidades possíveis. “Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.” (LOBO, 2004).

#### 4 ADOÇÃO *VERSUS* UNIÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE

Chiarini Júnior (2003), advogado e árbitro em Pouso Alegre - MG, citando Maria Berenice Dias, defende a adoção por pares homossexuais, estruturando seu entendimento da seguinte forma:

Primeiramente, destaca o autor que a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, pelo qual se cria um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica. Para ratificar seu entendimento, exemplifica que o distanciamento da verdade também ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não quer dizer que o registrando não tenha pai. Em ambas as hipóteses, o que é consignado não espelha a verdade real, e, nessa linha de raciocínio, nenhum impedimento haveria para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Segundo, afirma que o art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a colocação no que denomina de ‘família substituta’, não definindo qual a conformação dessa família. Destaca que se limitou a lei, em seu art. 25, a conceituar o que seja família natural: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes”. Salienta, ainda, que, diante da especificidade

dessa definição, não se pode ter por co-extensivo esse conceito: que a família substituta deva ter a mesma estruturação da família natural. Sob esse enfoque, não há vedação para um casal homossexual ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Terceiro, ressalta que a única objeção que ainda poderia ser suscitada emerge da dicção do art. 29 do diploma menorista: “Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Todavia, aponta que, apesar disso, não se pode declarar, *a priori*, ser o ambiente familiar homoafetivo inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja com ela incompatível. Referida postura, destaca, revela-se nitidamente preconceituosa, já que as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Outro forte argumento levantado agora pelo próprio autor é o de que, ao decidir sobre uma possível adoção, o juiz deve levar em conta as “reais vantagens” para o menor que poderão advir da adoção, o que constitui um dever do magistrado, pois, segundo o artigo 43 da Lei 8069/90: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, decidindo, sempre, pelo bem-estar do menor. (CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Aponta ainda, que a mesma lei não estabelece qualquer impedimento para o adotante homossexual, ao dizer, em seu artigo 42: “Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente de estado civil. §1º Não podem adotar

os ascendentes e os irmãos do adotando. [...] §3º O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que o adotando.” (CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Por fim, traz o autor mais uma vez, nas precisas palavras de Maria Berenice Dias, o que entendemos resumir toda sua argumentação, por tratar-se de argumento constitucional:

Não é possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção - garantido a todo cidadão - face a sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Merece ser lembrado também o art. 227 da Constituição Federal, que atribui ao Estado o dever de assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, direitos que certamente os meninos e meninas não encontrarão na rua, quando são largados à própria sorte, ou depositados em alguma instituição [...] deve-se manejar a CF/88, repetindo o artigo 227, §§5º e 6º, o qual trata especificamente da adoção, conjugando-o com o artigo 5º ‘caput’ prevendo este último dispositivo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, quando se buscou eliminar as práticas discriminatórias. [...] Em relação ao homossexualismo não existe nada no ordenamento jurídico que proíba ou permita a adoção pelo *gay*. (DIAS *apud* CHIARINI JÚNIOR, 2003).

Diante do texto constitucional, portanto, toda alegação contrária à adoção por pares homossexuais cai por terra. O Contrato firmado por nós, brasileiros, em 1988, por meio de representantes, não constitui mera folha de papel, como destaca Lassale em sua classificação sociológica de Constitui-

ção, posto que a própria realidade e os costumes estão aí demonstrando diversamente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seja da forma que for, somente deverá ser proibida a adoção por pares homossexuais, se restarem comprovadas práticas comportamentais, por parte dos adotantes, ofensivas à educação do menor ou incompatíveis com a própria natureza do instituto da adoção, ou seja, se restar demonstrado não ser possível o oferecimento de um ambiente familiar adequado à criança ou adolescente.

E aí está o papel primordial da equipe interprofissional, prevista pelo próprio Estatuto, composta por assistentes sociais e psicólogos, encarregados de elaborar rigoroso estudo sócio-psicológico do caso, fornecendo ao magistrado o mapa da realidade dos adotantes, frente a sua comunidade e na vida social.

Lembramos que é perfeitamente possível que parceiros homossexuais levem uma vida normal dentro de suas casas, possuindo, inclusive, parceiro fixo e fiel, como ocorre com pessoas heterossexuais. O que deve, portanto, impedir o deferimento da adoção, é o comportamento desajustado que, diga-se de passagem, muitos heterossexuais têm.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, é claro quando afirma que o Poder Público está obrigado a garantir um lar e uma convivência familiar aos menores, o que, diante da Carta Maior, não pode ser oposto como impedimento à adoção por puro preconceito, não importando a preferência sexual daqueles que os acolhem.

Destacamos ainda que, impossibilitando-se a adoção por homossexuais, o menor terá maiores chances de tornar-se mais um menor carente, habitante das ruas, longe da Escola, propício à marginalidade. Que futuro terá essa criança?



A afirmação de homossexualidade do adotante, direito individual constitucionalmente garantido, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada qualquer manifestação ofensiva capaz de deformar o caráter do adotado. Já tão violados em seus direitos, os homossexuais hoje partem na luta por um novo tempo e o Poder Judiciário mais uma vez exerce papel decisivo nesse processo de mudanças. Os fatos, como sempre, antecipam-se ao direito e o legislador não poderá manter-se inerte por muito tempo.

## 6 REFERÊNCIAS

ANGER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Redieel, 2006. 1600p.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 80, 21 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4302>>. Acesso em: 04 jul. 2006.

CURY, Munir; MARÇURA, Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 553p.

DIAS, Maria Berenice. **Novos Tempos, Novos Termos**, 2004. Disponível em: <<http://advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>>. Acesso em: 02 jul 2006.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 09 jul. 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 546p.

VIANNA, Ilca Oliveira de Almeida. **Metodologia do Trabalho Científico**: Um Enfoque Didático da Produção Científica. São Paulo : E.P.U., 2001. 288p.

BIBLIOTECA DE  
ESMAPE

BIBLIOTECA  
ESMAPE

BIBLIOTECA  
ESMAPE



ESMAPE,  
A ESCOLHA  
CERTA PARA O  
APRENDIZADO  
DO DIREITO



Prática

BIBLIOTECA DE  
ESMAPE

BIBLIOTECA

BIBLIOTECA  
ESMAPE



# Prática

SENTENÇA. DIREITO  
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.  
MANDADO DE SEGURANÇA

Ana Carolina Fernandes Paiva  
Juíza de Direito

**Mandado de Segurança**

Processo nº 231.2007.003147-6

Impetrante: START SISTEMA E TECNOLOGIA EM RECURSOS TERCEIRIZÁVEIS LTDA.

Impetrado: DIRETOR DAS FINANÇAS MUNICIPAIS DO PAULISTA

**SENTENÇA**

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. MERO EQUÍVOCO FORMAL. ENCAMPAMENTO DO ATO PELA PESSOA JURÍDICA A QUE PERTENCE A AUTORIDADE COATORA. REJEIÇÃO.

1. A errônea indicação da autoridade coatora não implica *ilegitimidade ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; por-

SENTENÇA. DIREITO  
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.  
MANDADO DE SEGURANÇA

Ana Carolina Fernandes Paiva  
Juíza de Direito

**Mandado de Segurança**

**Processo nº 231.2007.003147-6**

Impetrante: START SISTEMA E TECNOLOGIA EM RECURSOS TERCEIRIZÁVEIS LTDA.

Impetrado: DIRETOR DAS FINANÇAS MUNICIPAIS DO PAULISTA

**SENTENÇA**

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. MERO EQUÍVOCO FORMAL. ENCAMPAÇÃO DO ATO PELA PESSOA JURÍDICA A QUE PERTENCE A AUTORIDADE COATORA. REJEIÇÃO.

1. A errônea indicação da autoridade coatora não implica *ilegitimidade ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; por-

SENTENÇA. DIREITO  
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.  
MANDADO DE SEGURANÇA

Ana Carolina Fernandes Paiva  
Juíza de Direito

**Mandado de Segurança**

**Processo nº 231.2007.003147-6**

Impetrante: START SISTEMA E TECNOLOGIA EM RECURSOS TERCEIRIZÁVEIS LTDA.

Impetrado: DIRETOR DAS FINANÇAS MUNICIPAIS DO PAULISTA

**SENTENÇA**

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. MERO EQUÍVOCO FORMAL. ENCAMPAÇÃO DO ATO PELA PESSOA JURÍDICA A QUE PERTENCE A AUTORIDADE COATORA. REJEIÇÃO.

1. A errônea indicação da autoridade coatora não implica *ilegitimidade ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; por-

SENTENÇA. DIREITO  
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.  
MANDADO DE SEGURANÇA

*Ana Carolina Fernandes Paiva*  
Juíza de Direito

**Mandado de Segurança**

**Processo nº 231.2007.003147-6**

Impetrante: START SISTEMA E TECNOLOGIA EM RECURSOS TERCEIRIZÁVEIS LTDA.

Impetrado: DIRETOR DAS FINANÇAS MUNICIPAIS DO PAULISTA

**SENTENÇA**

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. MERO EQUIVOCO FORMAL. ENCAMPAÇÃO DO ATO PELA PESSOA JURÍDICA A QUE PERTENCE A AUTORIDADE COATORA. REJEIÇÃO.

1. A errônea indicação da autoridade coatora não implica *ilegitimidade ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; por-

quanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. É, pois, mero equívoco formal.

2. Tendo o representante legal da pessoa jurídica defendido o ato impugnado aplica-se a teoria da encampação.

3. Rejeição da preliminar.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL E IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECADÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não há ainda, ato supostamente ilegal, bem como não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese. Presunção de que a autoridade irá aplicar a lei configurando-se a ameaça de lesão.

2. No mandado de segurança preventivo não há que se falar em decadência.

3. Rejeição que se impõe.

ISSQN. EMPRESA LOCADORA DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DAS PARCELAS CORRESPONDENTES AOS REEMBOLSOS DE SALÁRIOS, ENCARGOS SOCIAIS/TRABALHISTAS E DEVOLUÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. VALOR NÃO CORRESPONDENTE À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EFEITO CONFISCATÓRIO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PERMANENTE OU TERCEIRIZADA. INEXISTÊNCIA DE AGENCIAMENTO OU INTERMEDIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.

1. A base de cálculo do imposto em questão nos contratos de locação de mão-de-obra temporária é o preço do serviço, entendido este como o valor da contraprestação pela obrigação de fazer – agenciamento/intermediação, excluídos os valores destinados a repasse a terceiros.

2. O entendimento de que o ISSQN deve incidir sobre o valor total da fatura implica em atribuir efeito confiscatório ao imposto, prática vedada pelo art. 150, inciso IV, da CF.

3. Nos contratos de locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada a empresa presta diretamente o serviço, devendo o ISS incidir sobre a contraprestação recebida pelo fornecimento do serviço, que inclui o valor correspondente a salários e encargos.

4. Concessão parcial da segurança.

Vistos etc.

## I RELATÓRIO

01 START SISTEMA E TECNOLOGIA EM RECURSOS TERCEIRIZÁVEIS LTDA., qualificada nos autos, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA em face do DIRETOR DAS FINANÇAS MUNICIPAIS DO PAULISTA, aduzindo, em síntese, que:

- a) tem como atividade principal o agenciamento, a capacitação, a seleção e o recrutamento de mão-de-obra temporária ou permanente;
- b) no exercício da sua atividade, recebe a taxa de agenciamento pelos serviços prestados e valores alusivos aos salários dos trabalhadores arregimentados, juntamente com os encargos sociais respectivos;



c) a remuneração bruta recebida consiste, exclusivamente, na taxa de administração (agenciamento) recebida, sendo as demais parcelas reembolsos de salários, encargos e devoluções, que, por isso, não acrescem o seu patrimônio;

d) sujeita-se, por força dos artigos 6º e seguintes da Lei Complementar Municipal nº 3.472/97 e do artigo 7º da Lei Complementar Federal nº 116/2003, o Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN;

e) a exação vem incidindo sobre o valor bruto das notas fiscais e/ou faturas emitidas no exercício regular da empresa, o que fatalmente acarretará a sua inviabilidade econômica.

02 Requereu a Impetrante, por conseguinte, fosse determinada, liminarmente, a suspensão da exigibilidade de inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções, sob as cominações legais e, no mérito, a concessão em definitivo da ordem para declarar a inexigibilidade de inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais, trabalhistas e devoluções.

03 Anexou à inicial os documentos de fls. 23/131.

04 A liminar foi indeferida (fls. 134/136).

05 Notificada a autoridade coatora, o Município prestou informações às fls. 143/152, aduzindo, preliminarmente:

a) a legitimidade da pessoa jurídica de direito público a quem pertence o órgão para apresentar as informações;

b) a ilegitimidade passiva do impetrado, sob o argumento de que inexistente na estrutura municipal executiva o cargo de Diretor de Finanças Municipais;

c) a impossibilidade jurídica do pedido ante a ausência de ato ilegal a ensejar violação de direito líquido e certo, bem como por não ser admissível mandado de segurança contra lei em tese;

d) decadência, tendo em vista o transcurso de mais de 120 (cento e vinte) dias da homologação tácita do lançamento do primeiro fato gerador do ISS (meados de 1997) ocorreu em 2002.

e) no mérito, a improcedência ante a ausência de ato ilegal.

06 O Ministério Público opinou pela concessão parcial da segurança (fls. 157/169).

## II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

07 De início registre-se a possibilidade da pessoa jurídica de direito público que vai suportar os efeitos defluentes da ação vir aos autos defender o ato impugnado.

08 Com efeito, no caso em tela, o Município afirma que a autoridade apontada como coatora não existe nos quadros do Executivo Municipal.

09 Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais comungo do entendimento de que parte passiva é a pessoa jurídica de direito público, eis que, como bem salientou Celso Agrícola Barbi, apud Sérgio Ferraz "o ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de

- c) a remuneração bruta recebida consiste, exclusivamente, na taxa de administração (agenciamento) recebida, sendo as demais parcelas reembolsos de salários, encargos e devoluções, que, por isso, não acrescem o seu patrimônio;
- d) sujeita-se, por força dos artigos 6º e seguintes da Lei Complementar Municipal nº 3.472/97 e do artigo 7º da Lei Complementar Federal nº 116/2003, o Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN;
- e) a exação vem incidindo sobre o valor bruto das notas fiscais e/ou faturas emitidas no exercício regular da empresa, o que fatalmente acarretará a sua inviabilidade econômica.

02 Requereu a Impetrante, por conseguinte, fosse determinada, liminarmente, a suspensão da exigibilidade de inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções, sob as cominações legais e, no mérito, a concessão em definitivo da ordem para declarar a inexistência de inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais, trabalhistas e devoluções.

03 Anexou à inicial os documentos de fls. 23/131.

04 A liminar foi indeferida (fls. 134/136).

05 Notificada a autoridade coatora, o Município prestou informações às fls. 143/152, aduzindo, preliminarmente:

- a) a legitimidade da pessoa jurídica de direito público a quem pertence o órgão para apresentar as informações;
- b) a ilegitimidade passiva do impetrado, sob o argumento de que inexistia na estrutura municipal executiva o cargo de Diretor de Finanças Municipais;
- c) a impossibilidade jurídica do pedido ante a ausência de ato ilegal a ensejar violação de direito líquido e certo, bem como por não ser admissível mandado de segurança contra lei em tese;
- d) decadência, tendo em vista o transcurso de mais de 120 (cento e vinte) dias da homologação tácita do lançamento do primeiro fato gerador do ISS (meados de 1997) ocorreu em 2002.
- e) no mérito, a improcedência ante a ausência de ato ilegal.

06 O Ministério Público opinou pela concessão parcial da segurança (fls. 157/169).

## II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

07 De início registre-se a possibilidade da pessoa jurídica de direito público que vai suportar os efeitos defluentes da ação vir aos autos defender o ato impugnado.

08 Com efeito, no caso em tela, o Município afirma que a autoridade apontada como coatora não existe nos quadros do Executivo Municipal.

09 Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais comungo do entendimento de que parte passiva é a pessoa jurídica de direito público, eis que, como bem salientou Celso Agrícola Barbi, apud Sérgio Ferraz “o ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de

*direito público a cujos quadros ela pertence” e, ainda, “o julgado irá regular a situação do impetrante em relação à pessoa jurídica de direito público e não em relação à autoridade coatora”<sup>1</sup>.*

10 Assim, conheço das informações subscritas pelo Procurador Municipal.

#### a) Da indicação errônea da autoridade coatora

11 Aduziu o Município a indicação errônea da autoridade coatora, sob o argumento de que o cargo de Diretor das Finanças Municipais não existe nos quadros do Executivo Municipal.

12 Ora, como bem salientou o STJ no REsp 724172/PR, considerando-se a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade.

13 Saliente-se, ainda, que a errônea indicação da autoridade coatora não implica *ilegitimidade ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. A estrutura complexa dos órgãos administrativos, em especial os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta (REsp 724.172/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 2.10.2006).

<sup>1</sup> In Mandado de Segurança, 4ª edição, Malheiros: São Paulo, 2006, pág. 92).

14 A indicação de Diretor das Finanças Municipais em lugar de Secretário de Finanças Municipais é mero equívoco formal.

15 Além disso, o Município, como já salientado acima, ao apresentar informações, adentrou no mérito dando azo à incidência da teoria da encampação, que consiste na possibilidade de correção da errônea indicação do impetrado quando este, a despeito de alegar sua ilegitimidade passiva, defende o ato impugnado. Não há, assim, qualquer prejuízo ao Município.

16 Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva.

#### b) Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

17 Aduziu o Município a impossibilidade jurídica do pedido ante a ausência de ato ilegal a ensejar violação de direito líquido e certo, bem como por não ser admissível mandado de segurança contra lei em tese.

18 Consoante nos ensina Hely Lopes Meirelles “*Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça* (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei 1.533/51, art. 1º)”<sup>2</sup>.

19 Consoante transcrito acima é notório que o mandado de segurança também é cabível para as *ameaças de lesão por parte*

<sup>2</sup> In Mandado de Segurança, 23ª edição atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Malheiros, 2001, págs. 21/22.

de autoridade. No caso em tela o *mandamus* é preventivo, objetivando evitar lançamentos *ex officio* do impetrado ou autuação pelo descumprimento da legislação tributária. Há, portanto, justo receio de violação.

20 O mandado de segurança preventivo, consoante ensina o administrativista Hely Lopes, “*tem sido muito utilizado em matéria tributária, em especial para proteção contra a cobrança de tributos inconstitucionais. Embora não seja cabível o mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF), a edição de nova tributação traz em si a presunção de que a autoridade competente irá aplicá-la. Assim, a jurisprudência admite que o contribuinte, encontrando-se na hipótese de incidência tributária prevista na lei, impetre o mandado de segurança preventivo, pois há uma ameaça real e um justo receio de que o fisco efetue e cobrança do tributo*”<sup>3</sup>. Neste sentido Resp. nº 38.268-8-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 19.9.94, p. 24.655; nos EDREsp n. 18.424-CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RDR 5/126.

21 No caso em tela, o impetrante indica como ato em vias de ser praticado pelo Diretor de Finanças Municipais a inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções nos contratos de locação de mão-de-obra temporária celebrados pela impetrante.

22 Tratando-se de mandado de segurança preventivo, como é o caso, eis que foi apontado “ato ilegal em vias de ser praticado”, não há que se falar em inexistência de ato supostamente ilegal e de mandado de segurança contra lei em tese.

23 Com efeito, como já ressaltou o STJ no julgamento do REsp 619889/BA “é de se presumir que, em vista da estrita

<sup>3</sup> In ob. cit. pág. 24.

legalidade tributária, a autoridade fiscal cumprirá a lei. Com lastro nesse fato, é inegável o cabimento do mandado de segurança preventivo para obstar ação concreta do agente arrecadador, afastada, por conseguinte, a alegada impetração contra lei em tese”.

24 Assim, rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

### c) Da alegação de decadência

25 Argumentou o Município a ocorrência da decadência, tendo em vista o transcurso de mais de 120 (cento e vinte) dias da homologação tácita do lançamento do primeiro fato gerador do ISS (meados de 1997) ocorrido em 2002.

26 Consoante já exposto, o presente *mandamus* é preventivo, estando o ato supostamente ilegal na iminência de ser praticado, sendo impossível a ocorrência da decadência.

27 Observe-se que o presente *mandamus* não tem como objeto fatos pretéritos, mesmo porque seria a via eleita inadequada.

28 Rejeita-se, pois, a prejudicial de mérito.

### d) Do Mérito

29 Antes de adentrar na questão de mérito do presente *mandamus* necessário tecer algumas considerações sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

30 Estabelece a Constituição Federal de 1988:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

...

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

...

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - omissis...

II - omissis...

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

31 A Lei Complementar 116/2003 dispôs:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

#### Lista anexa:

....

17 - Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

17.04 - Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão-de-obra.

17.05 - Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço

Art. 7º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

II - (VETADO)

32 A Lei 3472/1997 - Código Tributário Municipal estabelece:

Art. 16 - A base de cálculo do Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS é o preço do serviço;

§1º. Considera-se preço do serviço tudo o que for devido, recebido ou não, em consequência da sua prestação, a ele se incorporando os valores acrescidos e os encargos de qualquer natureza, ainda que de responsabilidade de terceiros.

33 Observe-se que a impetrante, ao elencar as atividades que desenvolve referiu-se a agenciamento, capacitação, seleção e recrutamento de mão-de-obra temporária ou permanente.

34 Assim, duas situações merecem análise. Primeiro será analisada a questão pertinente à locação de mão-de-obra temporária e, em seguida, a locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada.

#### d1) Da locação de mão-de-obra temporária

35 A adequada compreensão da matéria passa também pela análise da natureza das atividades desenvolvidas pela empresa no que pertine ao recrutamento de mão-de-obra temporária.

36 A Lei 6.019/74 define empresa de trabalho temporário como sendo a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

...

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

...

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - omissis...

II - omissis...

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

31 A Lei Complementar 116/2003 dispôs:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

#### Lista anexa:

....

17 - Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

17.04 - Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão-de-obra.

17.05 - Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço

**Art. 7º.** A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

*I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;*

*II - (VETADO)*

32 A Lei 3472/1997 - Código Tributário Municipal estabelece:

Art.16 - A base de cálculo do Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS é o preço do serviço;

§1º. Considera-se preço do serviço tudo o que for devido, recebido ou não, em consequência da sua prestação, a ele se incorporando os valores acrescidos e os encargos de qualquer natureza, ainda que de responsabilidade de terceiros.

33 Observe-se que a impetrante, ao elencar as atividades que desenvolve referiu-se a agenciamento, capacitação, seleção e recrutamento de mão-de-obra temporária ou permanente.

34 Assim, duas situações merecem análise. Primeiro será analisada a questão pertinente à locação de mão-de-obra temporária e, em seguida, a locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada.

#### d1) Da locação de mão-de-obra temporária

35 A adequada compreensão da matéria passa também pela análise da natureza das atividades desenvolvidas pela empresa no que pertine ao recrutamento de mão-de-obra temporária.

36 A Lei 6.019/74 define empresa de trabalho temporário como sendo a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

37 O Decreto 73.841/74, em seu art. 14, por sua vez, define a empresa tomadora de serviço como sendo a pessoa física ou jurídica que, em virtude de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de tarefas, contrate locação de mão-de-obra com empresa de trabalho temporário.

38 O mencionado Decreto, em seu art. 16, define trabalhador temporário, como sendo aquele contratado por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outra empresa.

39 Resumidamente o contrato desenvolve-se da seguinte forma:

- 1) a Empresa Tomadora de serviço, precisando de mão-de-obra temporária, procura Empresa de Trabalho temporário desejando utilizar determinada quantidade de profissionais especializados;
- 2) Definida a remuneração firma-se o contrato entre as empresas nos moldes da Lei 6.019/74;
- 3) A Empresa de Trabalho Temporário firma contratos específicos com os trabalhadores temporários, colocando-se à disposição da Empresa Tomadora de Serviço

40 Firmado o contrato à Empresa de Trabalho Temporário incumbe: fornecer o trabalhador temporário à empresa tomadora, pagar o salário do trabalhador temporário, e recolher os encargos sociais pertinentes. Já à empresa tomadora incumbe pagar a comissão da empresa de trabalho temporário e reembolsá-la das despesas com salários e encargos.

**41 Feitas as considerações preliminares passa-se à análise do mérito.**

42 O cerne da questão é a existência de direito líquido e certo do impetrante em considerar como base de cálculo do ISSQN, nos contratos de locação de mão-de-obra temporária regidos pela Lei 6.019/74, somente o valor da comissão, excluídos os valores pertinentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções.

43 Segundo o §1º do art. 16 do Código Tributário Municipal, transcrito acima, a base de cálculo do ISS abrange, além do valor do serviço, os valores acrescidos e os encargos de qualquer natureza, ainda que de responsabilidade de terceiros. Assim, no caso da impetrante, empresa prestadora de serviços de locação de mão-de-obra temporária, a base de cálculo, segundo a legislação municipal, incide também sobre parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções.

44 O art. 7º da LC 116/03 é taxativo ao determinar que a base de cálculo do imposto em questão é o preço do serviço.

45 Importa, pois, delimitar o que seja preço do serviço.

46 Segundo Odmir Fernandes preço é a contraprestação para o contratante obter a realização dos serviços contratados e deve corresponder exatamente ao valor da contraprestação pela obrigação de fazer<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. 2ª ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 414.

47 Assim, da análise dos dispositivos que tratam da base de cálculo na LC 116/2003 denota-se que integra a base de cálculo somente o preço da prestação do serviço. Quaisquer outros valores que não se refiram à contraprestação pela execução dos serviços, mas incluídos no preço global, não integram a base de cálculo.

48 No caso específico da contratante – empresa de prestação de serviços temporários – o preço do serviço é a contraprestação pelo recrutamento, seleção e colocação do empregado à disposição do contratante, tomador dos serviços, não se incluindo na base de cálculo as importâncias dos salários e encargos sociais recebidos para repasse aos legítimos destinatários.

49 Neste sentido tem se posicionado a jurisprudência pátria, consoante se depreende dos seguintes julgados:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. EMPRESA DE PROPAGANDA AGENCIADORA DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA. DESPESAS DEVIDAS COM TERCEIROS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. 1.**

*Empresa de propaganda que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho. 2. O ISS incide, tão somente, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. 3. Precedente do STJ. 4. O valor da*

*causa deve ser fixado de acordo com o conteúdo econômico a ser obtido do feito. 5. Diversos precedentes do STJ. 4. À unanimidade, foi dado provimento parcial ao agravo de instrumento (AI 120916-1, Rel. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 14.12.2006, Publicação: 14). (grifos inautênticos)*

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA DE TRABALHO TEMPORÁRIO (MÃO-DE-OBRA). ISS. BASE DE CÁLCULO QUE ABRANGE APENAS O VALOR QUE O AGENCIADOR RECEBE DO AGENCIADO A TÍTULO DE PAGAMENTO POR SERVIÇO PRESTADO. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE VALORES QUE APENAS TRANSITAM PELA CONTABILIDADE DO AGENCIADOR, COMO, POR EXEMPLO, O SALÁRIO QUE O AGENCIADO PAGA A QUEM TRABALHA POR MEIO DO ACENCIADOR. SENTENÇA CONFIRMADA.** (Reexame Necessário Nº 70018812289, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 19/07/2007).

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. PRESTAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. AÇÃO DECLARATÓRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS. BASE DE CÁLCULO.** Sendo a autora empresa uma prestadora dos serviços de mão-de-obra, a única fonte tributável a título de ISS são as comissões auferidas em razão deste agenciamento, não integrando a base de cálculo valores que deram entrada em



47 Assim, da análise dos dispositivos que tratam da base de cálculo na LC 116/2003 denota-se que integra a base de cálculo somente o preço da prestação do serviço. Quaisquer outros valores que não se refiram à contraprestação pela execução dos serviços, mas incluídos no preço global, não integram a base de cálculo.

48 No caso específico da contratante - empresa de prestação de serviços temporários - o preço do serviço é a contraprestação pelo recrutamento, seleção e colocação do empregado à disposição do contratante, tomador dos serviços, não se incluindo na base de cálculo as importâncias dos salários e encargos sociais recebidos para repasse aos legítimos destinatários.

49 Neste sentido tem se posicionado a jurisprudência pátria, consoante se depreende dos seguintes julgados:

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. EMPRESA DE PROPAGANDA AGENCIADORA DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA. DESPESAS DEVIDAS COM TERCEIROS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. 1.**

*Empresa de propaganda que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho. 2. O ISS incide, tão somente, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. 3. Precedente do STJ. 4. O valor da*

*causa deve ser fixado de acordo com o conteúdo econômico a ser obtido do feito. 5. Diversos precedentes do STJ. 4. À unanimidade, foi dado provimento parcial ao agravo de instrumento (AI 120916-1, Rel. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 14.12.2006, Publicação: 14). (grifos inautênticos)*

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA DE TRABALHO TEMPORÁRIO (MÃO-DE-OBRA). ISS. BASE DE CÁLCULO QUE ABRANGE APENAS O VALOR QUE O AGENCIADOR RECEBE DO AGENCIADO A TÍTULO DE PAGAMENTO POR SERVIÇO PRESTADO. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE VALORES QUE APENAS TRANSITAM PELA CONTABILIDADE DO AGENCIADOR, COMO, POR EXEMPLO, O SALÁRIO QUE O AGENCIADO PAGA A QUEM TRABALHA POR MEIO DO ACENCIADOR. SENTENÇA CONFIRMADA.** (Reexame Necessário Nº 70018812289, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 19/07/2007).

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. PRESTAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. AÇÃO DECLARATÓRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS. BASE DE CÁLCULO.** *Sendo a autora empresa uma prestadora dos serviços de mão-de-obra, a única fonte tributável a título de ISS são as comissões auferidas em razão deste agenciamento, não integrando a base de cálculo valores que deram entrada em*

seu caixa, mas que não constituem receita da empresa. A verba honorária é consequência do decaimento e o fato de a Fazenda Pública restar vencida não implica na fixação de honorários módicos em favor da parte adversa. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70018872168, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 13/06/2007)

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. ISS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE SALÁRIO AOS TRABALHADORES TEMPORÁRIOS, BEM COMO DOS RESPECTIVOS ENCARGOS TRABALHISTAS E SOCIAIS. REMUNERAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO É O VALOR CORRESPONDENTE A TAXA DE AGENCIAMENTO. ART. 7º, LC 113/06. PREÇO DO SERVIÇO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70018830620, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 09/05/2007)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIACÃO. SÚMULA Nº 07/STJ.**

I - O recorrente não cuidou de demonstrar a divergência jurisprudencial de acordo com o ditame do art. 255 e parágrafos do RI/STJ, deixando de mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não fazendo uma comparação entre a tese desenvolvida no acórdão recorrido e os fundamentos dos julgados paradigmas.

II - "A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas "intermediações". O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários. Precedentes do E STJ acerca da distinção. (...)" (REsp nº 411.580/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 16/12/02)

III - No mesmo sentido, o entendimento firmado no voto-vista proferido no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 227.293/RJ e no REsp nº 712.914/PR.

IV - A reapreciação dos critérios adotados a título de honorários advocatícios atrai a incidência da súmula nº 07 desta Corte de Justiça, não sendo cabível o recurso especial, neste ponto, porquanto importa em investigação do contexto fático-probatório.

V- Recurso especial conhecido parcialmente e, neste ponto, improvido.

(REsp 787.353/MG, Rel. MIN. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.02.2006, DJ 06.03.2006 p. 234).

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA.

1. A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho.

2. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas “intermediações”.

3. O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva.

4. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada par fins financeiro-tributários. Precedentes do E STJ acerca da distinção.

5. A equalização, para fins de tributação, entre o preço do serviço e a comissão induz à uma exação excessiva, lideira à vedação ao confisco.

3. Recurso especial provido” (REsp nº 411.580-SP).

50 Saliente-se, por fim que, se se considerar que o ISSQN deve incidir sobre o valor total da fatura, o valor da comissão seria quase ou totalmente absorvido pelo valor do imposto, passando este a ter efeito confiscatório, prática vedada pelo art. 150, inciso IV, da CF.

51 Tem, pois, o impetrante direito líquido e certo ao recolhimento do ISS nos contratos regidos pela Lei 6.019/74 tão somente sobre o valor da comissão, excluídos as importâncias dos salários e encargos sociais recebidos para repasse aos legítimos destinatários.

## d2) Da locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada

52 A segunda questão a ser analisada no presente *mandamus* diz respeito à locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada (contrato de fls. 47/53).

53 Neste caso a impetrante não desenvolve atividade-meio (agenciamento), mas atividade-fim (prestação direta de serviços), devendo o ISS incidir sobre a contraprestação recebida pelo fornecimento do serviço.

54 Observe-se que, neste caso, a realização do serviço ocorre com a disponibilização de empregados da impetrante à empresa contratante. Nestes contratos não há que se falar em agenciamento ou intermediação, nem tampouco em comissão pelo serviço, pois, a empresa que cede a mão-de-obra presta diretamente o serviço, incidindo, nestes casos, o ISS sobre o valor total da prestação do serviço.

55 Neste sentido, já se manifestaram os Tribunais pátrios:

V-Recurso especial conhecido parcialmente e, neste ponto, improvido.

(REsp 787.353/MG, Rel. MIN. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.02.2006, DJ 06.03.2006 p. 234) .

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA.

1. A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho.

2. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas “intermediações”.

3. O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva.

4. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada par fins financeiro-tributários. Precedentes do E STJ acerca da distinção.

5. A equalização, para fins de tributação, entre o preço do serviço e a comissão induz à uma exação excessiva, línadeira à vedação ao confisco.

3. *Recurso especial provido*” (REsp nº 411.580-SP).

50 Saliente-se, por fim que, se se considerar que o ISSQN deve incidir sobre o valor total da fatura, o valor da comissão seria quase ou totalmente absorvido pelo valor do imposto, passando este a ter efeito confiscatório, prática vedada pelo art. 150, inciso IV, da CF.

51 Tem, pois, o impetrante direito líquido e certo ao recolhimento do ISS nos contratos regidos pela Lei 6.019/74 tão somente sobre o valor da comissão, excluídos as importâncias dos salários e encargos sociais recebidos para repasse aos legítimos destinatários.

#### d2) Da locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada

52 A segunda questão a ser analisada no presente *mandamus* diz respeito à locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada (contrato de fls. 47/53).

53 Neste caso a impetrante não desenvolve atividade-meio (agenciamento), mas atividade-fim (prestação direta de serviços), devendo o ISS incidir sobre a contraprestação recebida pelo fornecimento do serviço.

54 Observe-se que, neste caso, a realização do serviço ocorre com a disponibilização de empregados da impetrante à empresa contratante. Nestes contratos não há que se falar em agenciamento ou intermediação, nem tampouco em comissão pelo serviço, pois, a empresa que cede a mão-de-obra presta diretamente o serviço, incidindo, nestes casos, o ISS sobre o valor total da prestação do serviço.

55 Neste sentido, já se manifestaram os Tribunais pátrios:

V- Recurso especial conhecido parcialmente e, neste ponto, improvido.

(REsp 787.353/MG, Rel. MIN. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.02.2006, DJ 06.03.2006 p. 234).

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA.

1. A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho.

2. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas “intermediações”.

3. O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva.

4. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada par fins financeiro-tributários. Precedentes do E STJ acerca da distinção.

5. A equalização, para fins de tributação, entre o preço do serviço e a comissão induz à uma exação excessiva, lideira à vedação ao confisco.

3. Recurso especial provido” (REsp nº 411.580-SP).

50 Saliente-se, por fim que, se se considerar que o ISSQN deve incidir sobre o valor total da fatura, o valor da comissão seria quase ou totalmente absorvido pelo valor do imposto, passando este a ter efeito confiscatório, prática vedada pelo art. 150, inciso IV, da CF.

51 Tem, pois, o impetrante direito líquido e certo ao recolhimento do ISS nos contratos regidos pela Lei 6.019/74 tão somente sobre o valor da comissão, excluídos as importâncias dos salários e encargos sociais recebidos para repasse aos legítimos destinatários.

#### d2) Da locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada

52 A segunda questão a ser analisada no presente *mandamus* diz respeito à locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada (contrato de fls. 47/53).

53 Neste caso a impetrante não desenvolve atividade-meio (agenciamento), mas atividade-fim (prestação direta de serviços), devendo o ISS incidir sobre a contraprestação recebida pelo fornecimento do serviço.

54 Observe-se que, neste caso, a realização do serviço ocorre com a disponibilização de empregados da impetrante à empresa contratante. Nestes contratos não há que se falar em agenciamento ou intermediação, nem tampouco em comissão pelo serviço, pois, a empresa que cede a mão-de-obra presta diretamente o serviço, incidindo, nestes casos, o ISS sobre o valor total da prestação do serviço.

55 Neste sentido, já se manifestaram os Tribunais pátrios:

### Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. EMPRESA DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. LEI MUNICIPAL. CONCESSÃO DE ISENÇÃO PARCIAL. A competência tributária é estabelecida pela CF/88, autorizando e limitando o exercício do poder de tributar e estabelecendo os tipos ou regras-matrizes tributárias. No que tange ao ISSQN, o art. 156, III, da Carta Magna limita a competência do Município, na hipótese, à instituição de imposto sobre serviços de qualquer natureza, cabendo à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e definir o fato gerador e a base de cálculo do imposto (art. 146, II e III, da CF/88). Não se pode interpretar a lei, porém, para definir como base de cálculo expressão econômica que não guarde efetiva pertinência com a prestação de serviços (art. 110 do CTN). Nas atividades de locação ou de agenciamento de mão-de-obra em que os serviços são prestados e cobrados pela própria instituição prestadora, em seu nome, o ISS tem como base de cálculo o valor total da prestação (ou preço total cobrada na nota fiscal), vale dizer, não integram a base de cálculo apenas o lucro da locação ou da intermediação, mas também os valores atinentes aos encargos sociais e trabalhistas em relação aos trabalhadores cedidos, empregados da locadora ou agenciadora (arts. 4º da Lei nº 6.019/74 e 31 da Lei nº 8.212/91). O ISSQN é tributo diverso do ICMS e do IPI, porque de configuração constitucional-legal diferente daqueles dois tributos, que não admite o repasse

jurídico do tributo, mas somente admite o repasse econômico do imposto como componente proporcional dos custos que formam o preço da prestação de serviços, de modo que eventual inadequação contábil da empresa em fazer frente aos custos decorrentes da legislação tributária não importa em ausência de capacidade contributiva e tampouco pode servir para embasar interpretação que subverta a sistemática constitucional e infraconstitucional do tributo. Os benefícios fiscais são reduções de tributação que só podem ser concedidos por lei do Poder Tributante, nos termos do art. 97, II, do CTN e do art. 150, § 6º, da CF/88. A tributação de apenas parte do valor da prestação, nesse passo, representa isenção parcial ou redução de base de cálculo, benefício fiscal que não pode ser concedido nem pela União, seja por lei complementar ou ordinária (CF/88, art. 151, III), nem pelo Poder Judiciário, que não legisla e não pode se substituir ao legislador. Precedentes do STF e do STJ. In casu, a Lei Municipal nº 4.818/2003 estabelece, por liberalidade do ente tributante, o limite máximo de dedução dos valores pretendidos em 75% do valor do contrato, incidindo a tributação, porém, no restante. APELO PROVIDO E PREJUDICADO O REEXAME, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70014550362, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 11/04/2007)

### Superior Tribunal de Justiça

**EMENTA:** PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. AGENCIAMENTO DE

### MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. INTERMEDIACÃO. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS.

1. A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho.

2. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas "intermediações".

3. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas com a prestação. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários.

*Precedentes do E STJ acerca da distinção.*

4. A exclusão da despesa consistente na remuneração de empregados e respectivos encargos da base de cálculo do ISS, impõe perquirir a natureza das atividades desenvolvidas pela empresa prestadora de serviços. Isto porque as empresas agenciadoras de mão-de-obra temporária, submetidas às regras da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, caracterizam-se pelo exercício de intermediação, hipótese em que o agenciador atua para o encontro das partes, quais sejam, o contratante da mão-de-obra e o trabalhador temporário, que é recrutado pela prestadora na estrita medida das necessidades dos clientes, dos serviços que a eles prestam, e ainda, segundo as especificações deles recebidas. A atividade-fim das referidas empresas é justamente, a intermediação.

5. Consectariamente, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária fosse prestada através de pessoal permanente das empresas de recrutamento, afastada estaria a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contra-

tado - qualquer que fosse -, como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS.

6. Nesse diapasão, faz-se necessário o exame das circunstâncias fáticas do trabalho prestado para que se possa concluir pela forma de tributação. In casu, os serviços prestados pela empresa recorrida ostentam amplo espectro, desbordando das características de uma empresa agenciadora de mão-de-obra temporária, consoante restou consignado na decisão proferida pelo juízo de primeira instância, litteris: "Optar Serviços Ltda (...) cujo objetivo é a prestação de serviços especializados de terceirização de mão-de-obra temporária e de prestação de serviços de limpeza, conservação, higienização e outros.

(...) A impetrante tem como objeto social "serviços de agência de emprego, recrutamento e seleção de pessoal, conservação e limpeza de áreas, imóveis, móveis, desinfecção hospitalar, desratização e dedetização, serviços de portaria e vigilância desarmada, locação de mão-de-obra temporária e mão-de-obra por prazo determinado (CLT), ascensorista, telefonista e garagista, gari, zelador, office-boy motorizado ou não, limpeza e capina de áreas públicas e aceiras de vias, jardinagem, copeiras, cozinheiras, prestação de serviços em medicina do trabalho e segurança do trabalho" (fls. 15)" 7. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido.

(REsp 777.717/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 203).

56 Diante do exposto, nos contratos de locação de mão-de-obra permanente ou terceirizada não tem a impetrante direito

líquido à exclusão da base de cálculo do ISSQN dos valores pertinentes aos salários e encargos sociais/trabalhistas, devendo o referido imposto incidir sobre o total da fatura.

### III DISPOSITIVO

57 Diante do exposto, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva, impossibilidade jurídica do pedido, bem como a prejudicial de decadência e julgo procedente o pedido e **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para suspender a exigibilidade de inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções nos contratos regidos pela Lei 6.019/74 celebrados pela impetrante, permanecendo como base de cálculo dos contratos de mão-de-obra terceirizada ou permanente o valor total da fatura.

58 Determino, ainda, que a Autoridade Coatora se abstenha de impor quaisquer medidas restritivas em face da Impetrante, tendo como fundamento a inclusão na base de cálculo do ISSQN das parcelas correspondentes aos reembolsos de salários, encargos sociais/trabalhistas e devoluções nos contratos regidos pela Lei 6.019/74, tais como inscrição na dívida ativa, CADIN ou SERASA ou propositura de ação executiva fiscal.

59 Sentença sujeita ao reexame necessário (parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51).

60 Custas ex lege.

61 Sem honorários (Súmula 105 do STJ).

62 Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se. Ciência ao MP.

Paulista, 21 de agosto de 2007.

## SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

*Flávio Roberto Ferreira de Lima*  
Juiz Federal

PROCESSO Nº 2005.83.00.514.812-0  
AUTOR: ELIENE PESSOA VIEIRA  
RÉU: VARIG E UNIÃO (COMANDO DA AERONÁUTICA)  
E INFRAERO

SENTENÇA Nº.  
VISTOS, ETC.

### I - Relatório

Dispensado (art. 38, da Lei nº. 9.099/95)

### II - Fundamentação

#### II. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam da INFRAERO*.

Entre as competências reservadas à INFRAERO não se encontra a obrigação de controlar as rotas das aeronaves, como se pode extrair da leitura dos arts. 2º e 3º, da Lei nº 5.862/72<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art 2º A INFRAERO terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária que lhe for atribuída pelo Ministério da Aeronáutica.



**Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da INFRAERO.**

## II.2. Mérito

A Autora reside na Rua Capitão Manuel de Aguiar, 342, Bairro de Areias, Recife - PE e alegou que no dia 25 de junho de 2005, um avião da Companhia Aérea Varig, entre 7:00 e 8:00, ao passar sobre sua casa, danificou seu imóvel (que possui dois pavimentos) ao lhe arrancar as telhas.

A Autora postula indenização por danos materiais, no valor de R\$ 13.790,00, visando obter a reparação dos alegados danos causados pela passagem da aeronave, bem como custear despesas para o isolamento acústico de seu imóvel, objetivando conviver com o barulho do pouso das aeronaves.

§ 1º A INFRAERO exercerá suas atribuições diretamente ou através de subsidiárias.

§ 2º O Ministério da Aeronáutica estabelecerá um programa de transferência, por etapas, dos aeroportos, instalações, áreas e serviços correlatos ou afins, que passarão à esfera de competência da INFRAERO ou de suas subsidiárias.

§ 3º As atividades executivas da INFRAERO bem como de suas subsidiárias, serão objeto, sempre que possível, de realização indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada.

Art 3º Para a realização de sua finalidade compete, ainda, à INFRAERO:

I - superintender técnica, operacional e administrativamente as unidades da infra-estrutura aeroportuária;

II - criar agências, escritórios ou dependência em todo o território nacional;

III - gerir a participação acionária do Governo Federal nas suas empresas subsidiárias;

IV - promover a captação de recursos em fontes internas e externas, a serem aplicados na administração, operação, manutenção, expansão e aprimoramento da infra-estrutura aeroportuária;

V - preparar orçamentos-programa de suas atividades e analisar os apresentados por suas subsidiárias, compatibilizando-os com o seu, considerados os

De início, cabe observar-se que o isolamento acústico que a Autora busca colocar em seu imóvel não decorre, **nem em tese**, dos alegados danos causados pela passagem da aeronave, de modo, ser evidente que tal pretensão não pode ser chancelada por este Juízo.

Quanto aos alegados danos causados pela destruição parcial de seu telhado, pelo exame cuidadoso das diversas provas constantes aos autos, não vislumbro razões mínimas para conceder a pretensão formulada pela Autora.

Para a comprovação da responsabilidade civil é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) dano; b) ação

encargos de administração, manutenção e novos investimentos, e encaminhá-los ao Ministério da Aeronáutica, para justificar a utilização de recursos do Fundo Aeroviário;

VI - representar o Governo Federal nos atos, contratos e convênios existentes e celebrar outros, julgados convenientes pelo Ministério da Aeronáutica, com os Estados da Federação, Territórios Federais, Municípios e entidades públicas e privadas, para os fins previstos no artigo anterior;

VII - promover a constituição de subsidiárias para gerir unidades de infraestrutura aeroportuária cuja complexidade exigir administração descentralizada;

VIII - executar ou promover a contratação de estudos, planos, projetos, obras e serviços relativos às suas atividades;

IX - executar ou promover a contratação de estudos, planos, projetos, obras e serviços de interesse do Ministério da Aeronáutica, condizentes com seus objetivos, para os quais forem destinados recursos especiais;

X - celebrar contratos e convênios com órgãos da Administração Direta e Indireta do Ministério da Aeronáutica, para prestação de serviços técnicos especializados;

XI - promover a formação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal especializado, necessário às suas atividades;

XII - promover e coordenar junto aos órgãos competentes as medidas necessárias para instalação e permanência dos serviços de segurança, policia, alfândega e saúde nos aeroportos internacionais, supervisionando-as e controlando-as para que sejam fielmente executadas;

XIII - promover a execução de outras atividades relacionadas com a sua finalidade.

**Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da INFRAERO.**

## II.2. Mérito

A Autora reside na Rua Capitão Manuel de Aguiar, 342, Bairro de Areias, Recife - PE e alegou que no dia 25 de junho de 2005, um avião da Companhia Aérea Varig, entre 7:00 e 8:00, ao passar sobre sua casa, danificou seu imóvel (que possui dois pavimentos) ao lhe arrancar as telhas.

A Autora postula indenização por danos materiais, no valor de R\$ 13.790,00, visando obter a reparação dos alegados danos causados pela passagem da aeronave, bem como custear despesas para o isolamento acústico de seu imóvel, objetivando conviver com o barulho do pouso das aeronaves.

§ 1º A INFRAERO exercerá suas atribuições diretamente ou através de subsidiárias.

§ 2º O Ministério da Aeronáutica estabelecerá um programa de transferência, por etapas, dos aeroportos, instalações, áreas e serviços correlatos ou afins, que passarão à esfera de competência da INFRAERO ou de suas subsidiárias.

§ 3º As atividades executivas da INFRAERO bem como de suas subsidiárias, serão objeto, sempre que possível, de realização indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada.

Art 3º Para a realização de sua finalidade compete, ainda, à INFRAERO:

I - superintender técnica, operacional e administrativamente as unidades da infra-estrutura aeroportuária;

II - criar agências, escritórios ou dependência em todo o território nacional;

III - gerir a participação acionária do Governo Federal nas suas empresas subsidiárias;

IV - promover a captação de recursos em fontes internas e externas, a serem aplicados na administração, operação, manutenção, expansão e aprimoramento da infra-estrutura aeroportuária;

V - preparar orçamentos-programa de suas atividades e analisar os apresentados por suas subsidiárias, compatibilizando-os com o seu, considerados os

De início, cabe observar-se que o isolamento acústico que a Autora busca colocar em seu imóvel não decorre, *nem em tese*, dos alegados danos causados pela passagem da aeronave, de modo, ser evidente que tal pretensão não pode ser chancelada por este Juízo.

Quanto aos alegados danos causados pela destruição parcial de seu telhado, pelo exame cuidadoso das diversas provas constantes aos autos, não vislumbro razões mínimas para conceder a pretensão formulada pela Autora.

Para a comprovação da responsabilidade civil é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) dano; b) ação

encargos de administração, manutenção e novos investimentos, e encaminhá-los ao Ministério da Aeronáutica, para justificar a utilização de recursos do Fundo Aeroviário;

VI - representar o Governo Federal nos atos, contratos e convênios existentes e celebrar outros, julgados convenientes pelo Ministério da Aeronáutica, com os Estados da Federação, Territórios Federais, Municípios e entidades públicas e privadas, para os fins previstos no artigo anterior;

VII - promover a constituição de subsidiárias para gerir unidades de infra-estrutura aeroportuária cuja complexidade exigir administração descentralizada;

VIII - executar ou promover a contratação de estudos, planos, projetos, obras e serviços relativos às suas atividades;

IX - executar ou promover a contratação de estudos, planos, projetos, obras e serviços de interesse do Ministério da Aeronáutica, condizentes com seus objetivos, para os quais forem destinados recursos especiais;

X - celebrar contratos e convênios com órgãos da Administração Direta e Indireta do Ministério da Aeronáutica, para prestação de serviços técnicos especializados;

XI - promover a formação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal especializado, necessário às suas atividades;

XII - promover e coordenar junto aos órgãos competentes as medidas necessárias para instalação e permanência dos serviços de segurança, polícia, alfândega e saúde nos aeroportos internacionais, supervisionando-as e controlando-as para que sejam fielmente executadas;

XIII - promover a execução de outras atividades relacionadas com a sua finalidade.

comissiva ou omissiva; c) nexos de causalidade; d) inexistência de causa excludente de responsabilidade.

As provas constantes aos autos demonstram que o telhado do imóvel da Autora encontra-se (ou se encontrava) danificado, no entanto, não ficou provado que o mencionado dano partiu de qualquer ação ou omissão praticada por aeronave da Companhia Aérea Varig.

Durante a colheita dos depoimentos da Autora e de suas testemunhas observei contradições que retiram a confiabilidade da versão trazida a Juízo, bem como pelas informações trazidas pela própria Autora tenho por concluir que os fatos narrados transcendem o que seria uma versão crível.

Analisei os mapas do Bairro de Areias (Listel), especificamente, nas proximidades da rua Cap. Manoel de Aguiar, onde está assentada a casa da Autora e pude constatar que o referido imóvel fica numa distância bastante razoável da cabeceira da pista do Aeroporto Internacional dos Guararapes.

Observei que entre a Rua onde a Autora reside e a referida cabeceira da Pista existem diversas ruas no caminho provável da aeronave em tela, além de cursos d'água e estabelecimentos comerciais, inclusive de grandes dimensões (como o antigo depósito do Bompreço, de altura superior a dois pavimentos medianos e distando cerca de um km após a rua onde a Autora reside).

Somente no exame dos mapas da Listel, edição 2004, verifica-se que a residência da Autora localiza-se no mapa 35 e a pista do Aeroporto Internacional dos Guararapes fica localizada no Mapa 44, indicando uma distância incompatível com os fatos da forma que foram narrados.

Analisando o mapa da GOOGLE - EARTH (programa acessível livremente pela internet) constata-se que da Rua em que a Autora reside até a cabeceira da pista tem-se cerca de 2 (dois) quilômetros e inúmeras casas entre os dois pontos.

Cabe examinar o Mapa:



Sabe-se que o pouso de qualquer aeronave, obedece a uma determinada inclinação, de modo que quanto mais próximo do local do pouso mais próximo a aeronave encontra-se do solo e, em tese, maior seriam os riscos de ocorrer evento semelhante ao que a Autora descreveu.

No caso, no entanto, como a residência da Autora fica em uma distância considerável do Aeroporto, por lógica, mantendo a inclinação constante da aeronave no pouso, quase todos os imóveis que se encontram entre a casa da Autora e a cabeceira da pista(ou seja bem mais próximos do Aeroporto que a casa da Autora) seriam atingidos com os efeitos da passagem da aeronave. No entanto, tal fato não ocorreu.

Durante a audiência tive a oportunidade de tomar o depoimento de Piloto da Varig que, de forma muito segura, afirmou que a tese da Autora não possui sustentação física. Perguntei-o sobre a possibilidade da aeronave ter “arremetido”, ou seja, estar aterrissando e antes de descer totalmente voltar a subir. Novamente, de forma muito segura, disse que tal procedimento (pelas circunstâncias hipotéticas apresentadas) não seria tecnicamente possível e se fosse tentado o avião não conseguiria pousar.

Saliento que as várias “provas” apresentadas pela Autora foram por elas criadas, como a reportagem da Folha de Pernambuco, que ela própria reconheceu que teve a iniciativa de chamar a mídia, bem como o Boletim de Ocorrência na Polícia Civil.

Destaco que a Autora disse que do alto de seu imóvel não consegue nem ao menos ver a cabeceira da pista, considerando os diversos imóveis que impedem sua visão.

Durante o depoimento da Autora ela trouxe uma foto do telhado de seu imóvel - que acabou não sendo juntada aos autos -, mas naquela oportunidade - como se pode conferir na gravação anexa - consignei a presença de uma antena em formato oval, assemelhada a uma antena parabólica que se encontrava em pé, fixa no telhado do imóvel. Não me parece

crível que a antena tenha permanecido de pé, após o avião ter “arrancado” “telhas chumbadas” no teto do imóvel da Autora. A Autora não conseguiu justificar tal situação.

Caberia até questionar se a casa da Autora encontra-se sob a rota do avião da Varig, uma vez que tal informação não foi demonstrada nos autos.

**Em verdade, os fatos narrados pela Autora não são verossímeis e não merecem a tutela judicial.**

Não observo, portanto, caracterizado o nexo de causalidade entre a passagem da aeronave da Varig no dia e hora indicada pela Autora e os danos que a Autora alegou ter sofrido.

### III - Dispositivo

Posto isso, acolho a preliminar de ilegitimidade da INFRAERO e a excludo da presente relação processual, com fundamento no art. 267, VI, do CPC. **Extingo o processo com resolução de mérito e julgo improcedentes os pedidos.** Deixo de condenar a Autora em custas e honorários advocatícios, com suporte no art.55, da Lei nº 9099/95.

P.R.I.

Recife, 22 de novembro de 2006.

No caso, no entanto, como a residência da Autora fica em uma distância considerável do Aeroporto, por lógica, mantendo a inclinação constante da aeronave no pouso, quase todos os imóveis que se encontram entre a casa da Autora e a cabeceira da pista (ou seja bem mais próximos do Aeroporto que a casa da Autora) seriam atingidos com os efeitos da passagem da aeronave. No entanto, tal fato não ocorreu.

Durante a audiência tive a oportunidade de tomar o depoimento de Piloto da Varig que, de forma muito segura, afirmou que a tese da Autora não possui sustentação física. Perguntei-o sobre a possibilidade da aeronave ter “arremetido”, ou seja, estar aterrissando e antes de descer totalmente voltar a subir. Novamente, de forma muito segura, disse que tal procedimento (pelas circunstâncias hipotéticas apresentadas) não seria tecnicamente possível e se fosse tentado o avião não conseguiria pousar.

Saliento que as várias “provas” apresentadas pela Autora foram por elas criadas, como a reportagem da Folha de Pernambuco, que ela própria reconheceu que teve a iniciativa de chamar a mídia, bem como o Boletim de Ocorrência na Polícia Civil.

Destaco que a Autora disse que do alto de seu imóvel não consegue nem ao menos ver a cabeceira da pista, considerando os diversos imóveis que impedem sua visão.

Durante o depoimento da Autora ela trouxe uma foto do telhado de seu imóvel - que acabou não sendo juntada aos autos -, mas naquela oportunidade - como se pode conferir na gravação anexa - consignei a presença de uma antena em formato oval, assemelhada a uma antena parabólica que se encontrava em pé, fixa no telhado do imóvel. Não me parece

crível que a antena tenha permanecido de pé, após o avião ter “arrancado” “telhas chumbadas” no teto do imóvel da Autora. A Autora não conseguiu justificar tal situação.

Caberia até questionar se a casa da Autora encontra-se sob a rota do avião da Varig, uma vez que tal informação não foi demonstrada nos autos.

**Em verdade, os fatos narrados pela Autora não são verossímeis e não merecem a tutela judicial.**

Não observo, portanto, caracterizado o nexo de causalidade entre a passagem da aeronave da Varig no dia e hora indicada pela Autora e os danos que a Autora alegou ter sofrido.

### III - Dispositivo

Posto isso, acolho a preliminar de ilegitimidade da INFRAERO e a excludo da presente relação processual, com fundamento no art. 267, VI, do CPC. **Extingo o processo com resolução de mérito e julgo improcedentes os pedidos.** Deixo de condenar a Autora em custas e honorários advocatícios, com suporte no art.55, da Lei nº 9099/95.

P.R.I.

Recife, 22 de novembro de 2006.

## SENTENÇA CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO OBRIGATÓRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AMEAÇA DE DESMORONAMENTO

*Jorge Américo Pereira de Lira*  
Juiz de Direito Titular da 10ª Vara Cível  
da Comarca do Recife

Proc. nº 001.2005.010104-9

**Ementa:** Civil - Contrato de seguro obrigatório do SFH - Desnecessidade de intervenção da CEF no feito - Competência da Justiça Estadual - Implemento da condição contratada - Indenização com base no valor dos imóveis conforme avaliado no ajuste - Alugueres, encargos condominiais, prestações do contrato de mútuo e guarda do imóvel sinistrado devidos até o efetivo pagamento da indenização securitária.

1. O contrato de seguro obrigatório do Sistema Financeiro da Habitação, firmado entre Autores e Ré, acoberta a ocorrência de ameaça de desabamento.
2. Segundo entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, é desnecessária a participação do agente financeiro do SFH (a Caixa Econômica Federal) no

feito. Do que aflora sedimentada, pois, em causas da espécie, a competência residual da Justiça Estadual Comum.

3. Uma vez implementada a condição contratada, com a ocorrência do evento sinistro, é devida a indenização aos segurados (autores).

4. Se nem todos os proprietários de unidades residenciais autônomas do edifício sinistrado contrataram seguro habitacional junto à ré, revela-se impossível a reforma global do prédio, por importar enriquecimento ilícito àqueles.

5. Indenizar os autores com o pagamento das despesas com a reforma, proporcionalmente aos contratos de seguro ativos, é providência que restará inócua, tendo em vista que não lhes proporcionará reaver suas moradias.

6. A solução que se afigura ajustada à controvérsia, em razão dessas peculiaridades, consiste, pois, no pagamento de indenização aos segurados no valor do imóvel ao tempo da assinatura dos contratos de seguro, corrigido monetariamente.

7. O pagamento dos alugueres, encargos condominiais, prestações do contrato de mútuo e das despesas com a guarda do imóvel sinistrado é devido até a efetiva satisfação da obrigação de indenizar.

Vistos etc.

1. Cuida-se de ação indenização securitária ajuizada, sob o rito comum ordinário, por **FRANCISCO DE ASSIS DAMASCENO SCERNI, PAULO FERNANDO LIMA VALENÇA, DAYSE POLISSENE CLIFFORD, ALUIZIO JOSÉ BEZERRA, MARIA DA GLÓRIA GALVÃO DE AGUIAR, NILSON LEITE CAVALCANTI, WALDIR DE MORAES RAMOS, JORGE CAMPELO CABRAL e NEUZA RODRIGUES SOBRAL DE CASTRO em face de CAIXA SEGUROADORA S.A.**, com causa de pedir no implemento de sinistro acobertado pelo contrato de seguro firmado com a Ré.

À inicial (fls. 02/41), instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 42/432.

2. Por meio de decisão interlocutória à fl. 433, deferi o pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela de mérito.

3. Às fls. 439/440, petição dos Autores requerendo a intimação da Ré para o cumprimento da medida liminar, acompanhada dos documentos de fls. 441/449.

4. Triangularizada a relação jurídico-processual (v. fl. 436), a Ré interpôs agravo de instrumento da decisão de fl. 433, conforme petição e documentos às fls. 451/467.

Em seguida, ofereceu resposta à pretensão dos autores, consubstanciada na contestação de fls. 473/514.

Instruiu a peça de bloqueio com os documentos de fls. 515/705.

5. Por meio de ofício à fl. 695, deu-se ciência a este Juízo, a respeito da decisão interlocutória da lavra do Relator Convocado - Juiz Nilson Guerra Nery, que negou efeito suspensivo ao agravo interposto pela Ré, mantendo-se integralmente o decisum de fl. 433 (inteiro teor às fls. 696/704).

6. Disseram os Autores, sobre a peça de resistência, às fls. 754/789. Acompanharam a resposta à contestação os documentos de fls. 790/856.

7. Em petição às fls. 857/859, os Autores ALUIZIO JOSÉ BEZERRA e JORGE CAMPELO CABRAL requereram a desistência da ação, com a conseqüente devolução dos valores recebidos com finalidade de pagamento de alugueis pela parte Ré (conforme determinado em decisão interlocutória à fl. 433).

8. Designada audiência preliminar (conciliação, organização e saneamento processual), as partes não aceitaram a proposta de conciliação apresentada pelo Juízo, tudo conforme termo

de assentada juntado às fls. 868/872. Naquela oportunidade, a Ré manifestou-se por não se opor à homologação do pedido de desistência formulado às fls. 857/859, sendo certo que foi decretada a extinção do processo sem julgamento de mérito, no que toca aos desistentes, por meio de sentença homologatória terminativa.

Todas as preliminares suscitadas pela Ré foram enfrentadas, e, ato contínuo, todas rejeitadas.

A Ré, ainda naquele ato processual, agravou retidamente contra a rejeição da preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual. Em conseqüência, proferi decisão interlocutória, ratificando a postura de não-acolhimento daquela defesa processual.

Os Autores, por fim, requereram a exibição, pela Ré, do laudo de vistoria realizado por seus prepostos (conforme se faz menção no documento de autoria da parte ré, à fl. 232), pelo que foi assinalado prazo de 10 (dez) dias para a respectiva juntada, e 5 (cinco) dias aos Autores para que sobre ele se manifestem.

9. Às fls. 878/887, atendendo a determinação judicial, juntou a Ré os seguintes documentos: Laudo de Vistoria Inicial - LVI e Laudo de Vistoria Especial - LVE, ambos produzidos por seus engenheiros credenciados.

10. Os Autores contrataram profissional especializado em Alvenaria Estrutural (nomenclatura atribuída à técnica de edificação do imóvel objeto da lide) para elaborar um projeto de recuperação estrutural, que se vê às fls. 935/1092.

11. Através de petição às fls. 1146/1149, a Caixa Econômica Federal manifestou seu interesse no feito, requerendo a remessa dos autos à Justiça Federal.

12. Reagindo ao pronunciamento da instituição financeira, os Autores, por meio de petições e documentos às fls. 1153/1172 e 1179/1198, insurgiram-se contra a participação daquela no feito.

### É o relatório.

### Decido.

13. Trata-se de ação de indenização securitária, com pedido de antecipação da tutela de mérito, ajuizada por nove proprietários de unidades residenciais do Edifício Montreaux, em desfavor da CAIXA SEGURADORA S.A. Dois dos Autores (Aluizio José Bezerra e Jorge Campelo Cabral), registre-se, tiveram seu pedido de desistência homologado por este Juízo, conforme termo de assentada às fls. 868/872.

14. O prédio em que residem os Autores, no bairro da Iputinga, nesta capital, foi construído com a captação de recursos disponibilizados pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), através da Caixa Econômica Federal (CEF). Os Autores, por conseguinte, firmaram contrato de mútuo com esta instituição financeira, objetivando a aquisição das seguintes unidades residenciais: Francisco de Assis Damasceno Scerni, apartamento nº 02; Paulo Fernando Lima Valença e Dayse Polissene Clifford, apartamento nº 05; Maria da Glória Galvão de Aguiar, apartamento nº 105; Nilson Leite Cavalcanti, apartamento nº 201; Waldir de Moraes Ramos, apartamento nº 203; Neuza Rodrigues Sobral de Castro, apartamento nº 302.

Ao firmarem os contratos de mútuo respectivos, os Autores avançaram, concomitantemente, com a Ré, contratos de seguro das unidades residenciais que adquiriram, nos termos do que estabelece o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Trata-se de modalidade de seguro obrigatório que visa a



proteger os recursos do Sistema Financeiro da Habitação empregados no financiamento dos imóveis.

Todos os Autores aderiram à apólice RD BNH nº 18/77 (rege os contratos firmados entre 23 de agosto de 1977 e 1º de julho de 1995).

15. No ano de 2002, o edifício encontrava-se em situação alarmante, apresentando rachaduras e trincas em diversos apartamentos e nas áreas comuns. Comunicada do sinistro, a Ré enviou engenheiros ao local, que constataram a necessidade de desocupação imediata do edifício, diante de ameaça premente de desmoronamento (conforme se depreende dos laudos elaborados, às fls. 880/887). Foram detectados vícios de construção do imóvel, em virtude de “execução de fundação utilizando-se caixão vazio, inadequado para as condições do solo local, propiciando agressão dos elementos de infra-estrutura” (fl. 883, assinalando quais os vícios constatados).

A Defesa Civil do Recife elaborou parecer técnico concordando com o laudo emitido pelos engenheiros da **CAIXA SEGURADORA S.A.**; daí por que - sublinhe-se e a Prefeitura Municipal do Recife interditou o edifício em abril do mesmo ano.

16. Em fevereiro de 2005, a Ré comunicou aos Autores, por meio do ofício que se vê às fls. 247/252, que se dispunha a indenizá-los no valor correspondente ao necessário para reformar três das unidades residenciais (apartamentos 02, 04 e 203), e 06/20 da área comum do edifício.

Ingressaram os Autores, pois, com a presente ação de indenização securitária, pretendendo a reforma integral do edifício em que residem, bem como a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, consubstanciada no pagamento de despesas com alugueres, encargos condominiais e prestações dos correspon-

dentes contratos de mútuo junto ao agente financeiro do SFH, além daquelas destinadas à guarda do imóvel sinistrado.

Pois bem.

17. Em sede preliminar, a Ré argüiu a incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, a ilegitimidade ativa dos Autores e a ausência de interesse processual desses, na modalidade interesse-necessidade. Todas foram rejeitadas, em audiência de conciliação, saneamento e organização processual (assentada às fls. 868/872). Ainda nesta mesma oportunidade, a Ré teve seu pedido de denunciação da lide à construtora responsável pela edificação do imóvel, igualmente, negado.

18. Apreciando o pedido de liminar, na decisão interlocutória de fl. 433, assim me pronunciei: “Deveras, inconcussa a interdição do imóvel por risco de desabamento em razão de sinistro ocorrido e havendo cláusula contratual que prevê o pagamento de encargos mensais devidos pelos segurados, relativos à operação abrangida pela apólice, quando, em caso de sinistro coberto por estas condições, for constatada a necessidade de desocupação do imóvel, afigura-se escorreita a antecipação da tutela para que sejam pagos os valores relativos aos alugueres, encargos condominiais, prestações dos contratos de mútuo e despesas correlatas à guarda do imóvel sinistrado.”

De fato, acorde com o que prevêem o item 3.1, “e”, e a Cláusula 5ª, das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos (fls. 153/155), a situação fática em que se encontram os Autores acarreta o pagamento de todas aquelas despesas. Senão, vejamos:

**“Cláusula 3ª - Riscos Cobertos.**

3.1. Estão cobertos por estas Condições todos os riscos que possam afetar o objeto do seguro, ocasionando:

(...)

e) ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada;”

**“Cláusula 5ª - Prejuízos indenizáveis.**

São indenizáveis os seguintes prejuízos:

a) danos materiais, diretamente resultantes dos riscos cobertos;

b) danos materiais e despesas decorrentes de providências tomadas para combate à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel objeto do seguro e desentulho do local;

c) encargos mensais devidos pelo Segurado, relativos à operação abrangida pela presente Apólice quando, em caso de sinistro coberto por estas Condições, for constatada a necessidade de desocupação do imóvel. O primeiro encargo mensal indenizável é o que se vencer imediatamente após o aviso do sinistro, e o último o que se vencer até 30 (trinta) dias após a conclusão dos reparos ou reconstrução do imóvel sinistrado.”

Do transcrito, com efeito, constata-se, em primeiro, que a ameaça de desmoronamento é hipótese de sinistro acobertada pelo contrato de seguro firmado entre a Ré e os Autores.

Os prejuízos indenizáveis, ainda conforme a apólice, são os danos materiais diretamente resultantes do sinistro (despesas com alugueres e encargos condominiais, uma vez que os Autores encontram-se impossibilitados de continuar residindo no imóvel), as despesas com providências para eliminar os riscos, os gastos despendidos para proteger o imóvel e os encargos mensais devidos pelo segurado à instituição financeira (no caso, a CEF).

A Ré, em sua peça de bloqueio, insurge-se contra o pagamento dos encargos de financiamento somados aos alugueres e despesas condominiais, ao argumento de que se estaria proporcionando o enriquecimento indevido dos segurados, por não haver previsão contratual nesse sentido.

Não é o que se depreende da apólice, como visto, e sem muito esforço.

Desta feita, demonstrado está que todas as despesas a que a parte Ré foi condenada a pagar, por força da decisão interlocutória de fl. 433, encontram-se previstas na apólice de seguro. Nessa diretriz, com adequação ao caso, reproduzo trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça deste Estado:

“(...) Os aluguéis e as despesas condominiais a serem suportados pela desocupação do imóvel em razão do risco de desabamento, estão, sem sofisma, inseridos no conceito de ‘danos materiais’ cobertos pela Apólice. A apólice do seguro habitacional inclui entre as verbas indenizatórias, na hipótese de sinistro que importe necessidade de desocupação permanente, ‘os encargos mensais devidos pelo Segurado, relativos à operação abrangida pela presente Apólice’ (Cláusula 12.2, c, das Condições Particulares I). A obrigação da seguradora de prover a guarda do imóvel segurado, pode-se afirmar que constitui imperativo de ordem prática, além de defluir do próprio espírito do contrato de seguro. A necessidade de desocupação impede que os segurados exerçam, com efetividade, a guarda do imóvel que um dia habitaram.” (TJPE - 3ª Câmara Cível, AG nº 141322-9, Rel. Des. Macedo Malta, DJ 07/12/2006)

Na espécie dos autos - é bom que se destaque -, a obrigação da seguradora de prover a guarda do imóvel sinistrado é contratual, nos termos do item “b” da Cláusula Quinta das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, acima transcrito.

Ademais, conforme relatado, o agravo de instrumento interposto pela Ré, inconformada com o supracitado *decisum*, restou improvido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco (v. fls. 696/704).

19. A Ré traz, no mérito, a responsabilidade da construtora e do agente financeiro (CEF) no caso sob exame. Alega, em síntese, que os vícios de edificação não podem ser imputados a outro que não a construtora responsável pela obra, e que a fiscalização e o acompanhamento de seu regular desenvolvimento são de atribuição do agente financeiro, nos termos da Resolução nº 171/82 do BNH. Desta sorte, ocorrendo o sinistro por força de vícios na construção do imóvel, à construtora e ao agente financeiro caberiam a obrigação de indenizar.

Tal argumento não merece prosperar. Pelos mesmos fundamentos expendidos na rejeição do pedido de denunciação da lide à construtora, que ora os reproduzo:

“Como é sabido, não é possível, pela via de denunciação da lide, a introdução de um fundamento novo na causa. Nas ações de cobrança de indenização securitária, como sói acontecer na espécie dos autos, a seguradora responde sempre objetivamente. Na ação de regresso proposta pela seguradora sub-rogada nos direitos dos segurados contra o causador direto do dano, este, em regra, responde apenas por culpa (responsabilidade civil subjetiva). Destarte, *in casu*, afigura-se inviável a formação da lide derivada (litisdenunciação) com fundamento (causa de pedir) na culpa. Isso equivaleria a introduzir um fundamento novo na lide derivada ou subordinada, o que é defeso em lei, visto que, na causa principal ou subordinante, a ré denunciante responde objetivamente, vale dizer, responde independentemente de culpa.”

O que igualmente acontece com o agente financeiro. Se este tinha a obrigação legal de fiscalizar a execução das obras, e não o fez, responderá pela sua omissão, desde que seja ela fundada na culpa. A responsabilidade civil subjetiva da Caixa Econômica Federal, pois, deverá ser questionada em ação autônoma, a ser ajuizada pela seguradora sub-rogada nos direitos dos segurados.

O que realmente interessa para o deslinde da causa, e impende destacar, é que a responsabilidade civil da seguradora é objetiva, não está sujeita à existência de culpa. No momento em que o mutuário firma um contrato de seguro de dano, não interessa saber se o sinistro verificado se deu por ação imputável à seguradora, a fatores da natureza, ou mesmo a obras de construção de um prédio vizinho. Não é outra a inteligência do artigo 757 do Código Civil:

“Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.”

Ou, nas palavras de ORLANDO GOMES, “Obrigado a suportar o risco, o segurador deve pagar o valor do seguro logo ocorra o evento previsto. Nesse momento surge para o segurado, ou para o beneficiário, um direito de crédito, imediatamente exigível”.

20. Conforme constatado da leitura do dispositivo do Código Civil de 2002, o segurador estará obrigado ao pagamento da indenização mediante a satisfação do prêmio pelo segurado. Forte nisso, a Ré pretende excluir da cobertura indenizatória as Autoras Maria da Glória Galvão de Aguiar e Neuza Rodrigues Sobral de Castro, ao argumento de que ambas liquidaram seus contratos de mútuo - aos quais estão atrelados os

contratos de seguro habitacional – muito antes do aviso de sinistro.

Ocorre que, conforme constatado em laudos de autoria de engenheiros credenciados pela Ré, o sinistro deu-se em virtude de vícios técnicos quando da construção do imóvel – e, por conseguinte, quando os contratos de seguro das duas Autoras ainda vigiam. A ameaça de desmoroamento do imóvel, constatada após a quitação do contrato de financiamento daquelas, iniciou-se com as obras do edifício: as falhas construtivas permaneceram ocultas por muitos anos, e bem por isso as Autoras não podem ser prejudicadas.

Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Vigente o seguro habitacional à época do sinistro que abalou as estruturas dos bens financiados, não lança qualquer reflexo sobre a obrigação ressarcitória da seguradora habitacional a posterior quitação dos imóveis ou de alguns deles” (TJSC, Apelação Cível nº 99.006427-1, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Trindade dos Santos, julgado em 23/09/1999).

Ou seja, subsiste à Ré a obrigação de indenizar as Autoras que tiveram seus contratos quitados antes da comunicação do sinistro, vez que a causa deste já existia quando da vigência dos já extintos contratos de seguro.

21. Acorde com o que dispõe o item 17.3 das Condições Especiais do Seguro, pretendem os Autores a condenação da Ré na multa decendial por atraso no pagamento da indenização. Esta é a redação do mencionado dispositivo:

**“Cláusula 17ª - Penas convencionais.**

17.3. A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da Cláusula 16ª destas Condições, sujeitará a Seguradora ao pagamento de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível.”

**“Cláusula 16ª - Pagamento de Indenização.**

16.2. O pagamento das indenizações para os sinistros, com a documentação complementada até o dia 25 de cada mês, processar-se-á até o dia 25 (vinte e cinco) do mês seguinte ao do recebimento, pela Seguradora, da totalidade dos documentos que permitam concluir o exame da cobertura e calcular o valor da indenização devida.”

A Ré, por seu turno, tenta se eximir do pagamento da multa decendial, apresentando duas razões: a primeira, de que não há obrigação positiva e líquida eventualmente descumprida, pois esta somente nascerá após a realização de perícia que constatar efetivamente os danos. Além disso, sustenta a Ré, a apólice securitária que vigora no momento é a Circular da SUSEP nº 111/99, para a qual os Autores teriam migrado automaticamente (de bom alvitre recordar que a apólice ao qual originalmente aderiram os Autores data de 1977), na qual não há previsão de aplicação de multa decendial.

Dois argumentos infrutíferos. Explico.

De primeiro, não se pode considerar a apólice editada em 1999 como habilitada a reger as relações negociais entre as partes. Elas firmaram, entre agosto de 1977 e julho de 1995, contratos de seguro habitacional, que foram regidos de acordo com a disciplina estabelecida pela RD BNH nº 18/77. Negócio concluído: ato jurídico perfeito, pois. A Ré pretende, contrariando imperativo constitucional, modificar unila-

teralmente as condições securitárias avençadas entre as partes, “migrando os segurados automaticamente para as apólices subseqüentes”. O que não faz, em absoluto, o menor sentido.

Da análise do dispositivo acima transcrito, da apólice firmada entre as partes entre 1977 e 1995, depreende-se nitidamente a mora da Ré. A obrigação de indenizar nasce a partir de prova satisfatoriamente o sinistro, quando a seguradora poderá concluir a respeito do exame da cobertura, e do valor da indenização devida. É o que diz expressamente o item 16.2 acima transcrito. Como pode a seguradora afirmar que o sinistro não foi comprovado, pela não-existência de perícia a mensurar os danos, se dois engenheiros de seu quadro de prestadores de serviço elaboraram dois laudos (às fls. 880/887), atestando a ameaça de desmoronamento, e aconselhando os moradores a desocuparem seus apartamentos?

É, sim, positiva e líquida a obrigação de indenizar, e nasceu a partir da constatação, pelos engenheiros contratados pela seguradora ré, da ocorrência do sinistro. Absolutamente despicienda a produção de prova pericial na hipótese, como requerido pela Ré à fl. 879, eis que, como dito, o evento danoso foi constatado por peritos ligados à própria Ré.

Dai ser devida a aplicação de multa decendial pela mora no pagamento das indenizações. Adiante, alguns julgados nesse mesmo sentido:

“III - A inobservância das disposições contratuais implica na aplicação da multa decendial de 2% prevista na avença e na forma contratada, observado o limite estabelecido pelo art. 920 do Código Civil” (TJRS, Apelação Cível nº 70000218107, Sexta Câmara Cível em regime de exceção, Relator Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 27/09/2000);

“Comprovado os vícios construtivos dos imóveis do conjunto habitacional, por meio de perícia técnica, assim como demonstrada a necessidade de reparo imediato das construções, tendo em vista a deterioração em andamento, deve ser responsabilizada a seguradora contratada, pelo pagamento das reformas, bem como das despesas do mútuo, enquanto perdurarem as obras. Devida multa decendial, a qual cumulada com juros moratórios não caracteriza um *bis in idem*. Interpretação favorável ao consumidor” (TJRS, Apelação Cível nº 70016361065, Sexta Câmara Cível, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, julgado em 08/03/2007);

“4 - MULTA DECENDIAL: A multa decendial de 2% prevista nos contratos de seguro vinculados ao SFH é de direito material, devendo ficar, por isso mesmo, no limite previsto no art. 920 do Código Civil (art. 408 e seguintes do CCB/2002). 5 - CUMULAÇÃO DA MULTA DECENDIAL COM JUROS MORATORIOS: Não caracteriza *dúplice punição*. A indenização deve ser a mais justa e ampla possível” (TJRS, Apelação Cível nº 70015710247, Sexta Câmara Cível, Relator Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 16/11/2006).

Fica nítido, dos pronunciamentos judiciais transcritos, ainda, que a cumulação da multa de dois por cento (cláusula penal do contrato de seguro) e juros de mora não caracteriza dupla punição ou *bis in idem*, eis que fundadas em razões distintas. Pontifica-se, apenas, que, nos termos do artigo 412 do Código Civil, o valor da cominação imposta na cláusula penal não exceda o da obrigação principal.

22. Através da petição de fls. 1146/1149, a Caixa Econômica Federal pretende demonstrar seu interesse no feito, para a sua conseqüente remessa para julgamento pela Justiça Federal.

Além de tal questão encontrar-se preclusa, em virtude de ter sido decidida em audiência de conciliação, saneamento e organização processual, está pacificado nos Tribunais de Justiça

de todo o país, inclusive na Corte de Justiça deste EStado, o entendimento segundo o qual inexistente interesse jurídico da CEF em ações desta natureza, a justificar a sua intervenção na causa. A título de ilustração, colaciono algumas decisões:

(...) Nos contratos de seguro habitacional firmados entre os mutuários e a Caixa Seguradora S/A, não existe o interesse da União ou da Caixa Econômica no feito, uma vez que as relações jurídicas advindas do contrato de seguro entre as partes serão reguladas pelo referido negócio e a liquidação do sinistro, acaso existente, deve ser resolvida somente entre os contratantes. b) A Caixa Seguradora S/A não litiga em foro federal nas lides travadas com mutuários, em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto ao mútuo hipotecário. Não há qualquer comprometimento de verbas públicas, haja vista que eventual composição de perdas e danos será sempre de responsabilidade dos contratantes. A relação jurídica existente entre as partes, de natureza estritamente privada, não prevê a participação das pessoas jurídicas elencadas no art. 109, I da Carta Política de 1988. c) Competência da Justiça Estadual. Decisão unânime” ( TJPE, Embargos de Declaração nº 109897-1/02, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Jovaldo Nunes Gomes, publicado em 14/04/2005).

“SEGURO HABITACIONAL – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – LITISCONSORCIAÇÃO PASSIVA – INOCORRÊNCIA. É firme o entendimento jurisprudencial, segundo o qual, sendo a Caixa Econômica Federal mera administradora de fundo de seguro habitacional, que deve repassar à seguradora, não é ela parte passiva da ação de ressarcimento buscada pelo segurado (...)”. (TJPE, Agravo de Instrumento nº 101426-0, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Jovaldo Nunes Gomes, publicado em 20/11/2004).

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – APÓLICE DE SEGURO HABITACIONAL – LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA SEGURADORA S. A. – CITAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E DA CONSTRUTORA COMO LITISCONSORTES PASSIVOS – DESNECESSIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO À UNANIMIDADE. 1. O TJPE, seguindo orientação do Superior Tribunal de Justiça, já firmou orientação no sentido de que a apólice de seguro habitacional é vinculada de modo acessório a todos os contratos de financiamento para AQUISIÇÃO/CONSTRUÇÃO/REFORMA de imóveis residenciais através do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), porém, não há de se falar em qualquer vínculo contratual a ensejar a participação da CEF na lide a fim de possibilitar a remessa da demanda, ou do processo, para o Juízo Federal. A relação contratual para o ressarcimento do sinistro se dá entre o SEGURADO e a entidade privada, CAIXA SEGURADORA S.A.” (TJPE, Ag. Inst. 105457-1, 6ª Câm. Cív., rel. Des. Bartolomeu Bueno, j. 26/08/2004, p. 15/10/2004).

23. Por fim, dispõe-se a seguradora a pagar, proporcionalmente aos financiamentos ativos, as despesas necessárias para o custeio da reforma do edifício.

Dos Autores da presente ação, conforme largamente demonstrado, todos fazem jus à indenização securitária: quatro tinham contratos ativos e pagamentos em dia; duas deles haviam quitado seus financiamentos; porém o evento que ocasionou o sinistro já existia quando o seguro habitacional era vigente.

Entendo, no entanto, que condenar a Ré ao pagamento de parcela do montante suficiente à reforma do imóvel, em proporção de 6/20 (seis vinte avos – seis contratos ativos num imóvel de vinte unidades residenciais), será provimento

jurisdicional inócuo. Isso porque, por força de medida antecipatória de tutela, os Autores todos têm moradia, alugada com recursos providos pela seguradora. Pagar apenas parcela do necessário para a reforma não trará aos Autores a possibilidade de eliminar os danos do imóvel para voltar a morar ali. E, bem assim, obrigar a seguradora a reparar o edifício importará em dois graves erros: enriquecimento ilícito por parte dos moradores das outras 14 (quatorze) unidades residenciais, vez que estes não possuem contratos de seguro ativos, e extrapolação dos limites subjetivos da lide, porquanto apenas 6 (seis) moradores vieram a Juízo reclamar a indenização pela ocorrência do sinistro.

A fim de resolver este impasse, socorro-me de acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que, decidindo sobre matéria análoga, fixou indenização aos Autores a ser paga pelo valor venal dos imóveis. Adiante, os trechos que embasaram meu entendimento:

“Alega que em 30/06/1997 firmou contrato de mútuo habitacional com a CEF, relação coberta por apólice de seguro obrigatório do SFH. Diz que, em face de risco de desmoronamento, foi obrigada a deixar o imóvel por longo período, haja vista a demora das rés em providenciar laudo técnico para fins de constatação de risco coberto.

(...)

Para o deslinde da controvérsia estabelecida neste recurso, cabe ser dito que, nos termos das apólices de seguro habitacional vinculadas ao SFH, a ocorrência de qualquer sinistro ou risco iminente deve ser comunicada à CEF, não podendo o segurado tentar reparar, por sua própria iniciativa, os danos verificados, para que a proteção que a apólice lhe oferece não seja comprometida.

No caso concreto, reconhece a própria apelada que a parte autora vinha comunicando problemas estruturais no imóvel desde o início da ocupação. Realizada vistoria, em 11/01/

1999 a seguradora concluiu pela inexistência de risco coberto, alegando que as trincas encontradas no imóvel não importavam em risco de desmoronamento, na forma do Termo de Negativa de Cobertura das fls. 23-4. Tal posição contrastou com parecer de engenheiro contratado, que sugeriu desocupação imediata do imóvel por risco de desmoronamento.

A existência de cobertura securitária foi reconhecida pelas rés apenas em 06/09/2000, ante ameaça de desmoronamento do imóvel decorrente de vício construtivo (Termo de Reconhecimento de Cobertura da fl. 166), com o pagamento final da indenização em 23/07/2001.

Tenho, da mesma forma que o Magistrado Sentenciante, que apesar de ter a seguradora pago a indenização pela perda do imóvel, por um longo interregno de tempo a parte autora ficou despojada da responsabilidade das rés em lhe garantir o estado decorrente do pacto de seguro habitacional, tendo de despender recursos próprios com aluguéis, o que não lhe foi ressarcido. Perfeita a tese da sentença de que, na situação em comento, impera o princípio do risco integral, não devendo ser considerada exaustiva a cláusula que particulariza os riscos cobertos.

Dessa forma, perfeitamente cabível a indenização pelos prejuízos advindos de danos materiais, assim entendidos os decorrentes de encargos extraordinários diretamente vinculados ao evento risco coberto (Cláusula 5a das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos - Anexo Circular 08/SUSEP - fl. 108) (...).” (grifei) (TRF 4, Apelação Cível nº 2004.71.02.000791-5/RS, Primeira Turma Suplementar, Relator Des. Edgard Lippmann Júnior, julgado em 27 de junho de 2006)

Destarte, parece-me esta a solução mais adequada ao caso: o pagamento de valor correspondente a cada uma das unidades residenciais dos Autores, adjudicando-as, em seguida, à seguradora. O montante devido deverá ser calculado pelo valor

jurisdicional inócuo. Isso porque, por força de medida antecipatória de tutela, os Autores todos têm moradia, alugada com recursos providos pela seguradora. Pagar apenas parcela do necessário para a reforma não trará aos Autores a possibilidade de eliminar os danos do imóvel para voltar a morar ali. E, bem assim, obrigar a seguradora a reparar o edifício importará em dois graves erros: enriquecimento ilícito por parte dos moradores das outras 14 (quatorze) unidades residenciais, vez que estes não possuem contratos de seguro ativos, e extrapolação dos limites subjetivos da lide, porquanto apenas 6 (seis) moradores vieram a Juízo reclamar a indenização pela ocorrência do sinistro.

A fim de resolver este impasse, socorro-me de acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que, decidindo sobre matéria análoga, fixou indenização aos Autores a ser paga pelo valor venal dos imóveis. Adiante, os trechos que embasaram meu entendimento:

“Alega que em 30/06/1997 firmou contrato de mútuo habitacional com a CEF, relação coberta por apólice de seguro obrigatório do SFH. Diz que, em face de risco de desmoronamento, foi obrigada a deixar o imóvel por longo período, haja vista a demora das rés em providenciar laudo técnico para fins de constatação de risco coberto.

(...)

Para o deslinde da controvérsia estabelecida neste recurso, cabe ser dito que, nos termos das apólices de seguro habitacional vinculadas ao SFH, a ocorrência de qualquer sinistro ou risco iminente deve ser comunicada à CEF, não podendo o segurado tentar reparar, por sua própria iniciativa, os danos verificados, para que a proteção que a apólice lhe oferece não seja comprometida.

No caso concreto, reconhece a própria apelada que a parte autora vinha comunicando problemas estruturais no imóvel desde o início da ocupação. Realizada vistoria, em 11/01/

1999 a seguradora concluiu pela inexistência de risco coberto, alegando que as trincas encontradas no imóvel não importavam em risco de desmoronamento, na forma do Termo de Negativa de Cobertura das fls. 23-4. Tal posição contrastou com parecer de engenheiro contratado, que sugeriu desocupação imediata do imóvel por risco de desmoronamento.

A existência de cobertura securitária foi reconhecida pelas rés apenas em 06/09/2000, ante ameaça de desmoronamento do imóvel decorrente de vício construtivo (Termo de Reconhecimento de Cobertura da fl. 166), com o pagamento final da indenização em 23/07/2001.

Tenho, da mesma forma que o Magistrado Sentenciante, que apesar de ter a seguradora pago a indenização pela perda do imóvel, por um longo interregno de tempo a parte autora ficou despojada da responsabilidade das rés em lhe garantir o estado decorrente do pacto de seguro habitacional, tendo de despender recursos próprios com aluguéis, o que não lhe foi ressarcido. Perfeita a tese da sentença de que, na situação em comento, impera o princípio do risco integral, não devendo ser considerada exaustiva a cláusula que particulariza os riscos cobertos.

Dessa forma, perfeitamente cabível a indenização pelos prejuízos advindos de danos materiais, assim entendidos os decorrentes de encargos extraordinários diretamente vinculados ao evento risco coberto (Cláusula 5a das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos - Anexo Circular 08/SUSEP - fl. 108) (...).”(grifei) (TRF 4, Apelação Cível nº 2004.71.02.000791-5/RS, Primeira Turma Suplementar, Relator Des. Edgard Lippmann Júnior, julgado em 27 de junho de 2006)

Destarte, parece-me esta a solução mais adequada ao caso: o pagamento de valor correspondente a cada uma das unidades residenciais dos Autores, adjudicando-as, em seguida, à seguradora. O montante devido deverá ser calculado pelo valor



do imóvel ao tempo da assinatura do contrato, corrigido monetariamente. Nesse sentido, decisão do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

“Seguro - Indenização - Valor - Pagamento que deve corresponder ao valor do bem segurado, que é o levado em conta no momento da assinatura do contrato, e não ao valor de mercado, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da seguradora.” (1ª TACivSP, Apelação nº 1.022.588-4, 8ª Câmara de Férias, Relator Juiz Márcio Franklin Nogueira, julgado em 30/01/2002).

24. **Por esses fundamentos**, e considerando tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão formulada pela parte autora para em conseqüência, condenar a Ré ao pagamento (1) do valor dos imóveis ao tempo da assinatura dos contratos de seguro, corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação, e com juros de mora a partir do trigésimo dia após a comunicação do sinistro, quando entendida verificada a inadimplência da seguradora, (2) de multa decendial no valor de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, nos termos estipulados no contrato de seguro, (3) das despesas dos Autores com aluguéis e encargos condominiais, (4) das prestações do contrato de mútuo dos Autores com o agente financeiro do SFH, (5) das despesas relacionadas com a guarda da coisa sinistrada, estas três últimas até a data do efetivo pagamento da indenização securitária. Condeno a Ré ainda, por força do princípio do sucumbimento, a arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados à razão de 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação.

Custas de lei.

P.R.I.

Recife, 22 de junho de 2007

## SENTENÇA. DOMICÍLIO E CRIME ELEITORAIS

*Rafael Cavalcanti Lemos*  
Juiz de Direito

PROCESSO Nº. 392/2004.

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO.

RÉUS: FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, vulgo MOTINHA; JOÃO ALVES FILHO, vulgo NEUTER.

Vistos etc.

### 2 RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO ofereceu a DENÚNCIA de fls. 2/6 em face de FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, vulgo MOTINHA, e JOÃO ALVES FILHO, vulgo NEUTER, alegando que (sic):

no dia 05.05.2004, aproximadamente às 16h, no interior do Fórum desta cidade, algumas pessoas estavam aguardando para tirar ou transferir os seus títulos de eleitores, por ocasião do dia fatal para o alistamento eleitoral,

quando foi detectada pelo Cartório Eleitoral desta Zona provável falsificação de endereços apresentados por pessoas que buscavam alistamento.

Os funcionários do Cartório Eleitoral perceberam que as xerox das contas de energia que serviram de comprovante de residência, condição essa exigida pela Justiça Eleitoral, para se tirar ou transferir títulos de eleitorais, apresentavam indícios de falsificação, ou seja, montagem com outras contas de energia, fato este que foi de imediato levado ao conhecimento do Juízo eleitoral que na oportunidade solicitou a presença da autoridade policial, para tomar ciência dos fatos e para que fosse tomada as medidas cabíveis.

A autoridade Policial solicitou do Juiz Eleitoral as contas de energia falsificadas, solicitando também das pessoas que estavam com as referidas contas, o comparecimento a Delegacia de Polícia, para que fossem ouvidas em cartório.

Na Delegacia de Polícia foram unânimes em informar que foram trazidas de suas residências até este Fórum, pelos Senhores JOÃO ALVES FILHO, popularmente conhecido por "NEUTER", e por FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, mais conhecido nesta cidade por "MOTINHA", inclusive afirmando que as xerox foram falsificadas pelos acusados e que receberam também alimentação dos mesmos.

Consta também da peça inquisitorial que o acusado vulgarmente denominado "NEUTER" é candidato a vereador pelo distrito de Serrolândia e que foi o mesmo que providenciou a falsificação do comprovante de residên-

cia - contas da celpe - de mais ou menos 30 (trinta) pessoas que foram aliciadas pelo acusado e trazidas ao Fórum local em um ônibus.

Resta cristalino também que o outro acusado vulgarmente denominado "MOTINHA" é candidato a reeleição para vereador nesta cidade e que foi o supracitado acusado que falsificou as contas de energia de mais ou menos 10 (dez) pessoas, as quais vieram de suas residências no veículo de propriedade do acusado e que afirmaram ainda no Policial que o acusado pagou merenda para todas as pessoas que vieram em seu carro.

Requeru então o MP a condenação dos Réus nas penas dos arts. 289 (inscrição fraudulenta de eleitor) e 350, *caput* (falsidade ideológica eleitoral), do CE - cf. fl. 4.

Recebimento da Denúncia em 12 de maio de 2004 - cf. fl. 7.

Autos de inquérito policial nas fls. 9/44.

Cópia, sem autenticação, de contas de energia elétrica de JOSE ZEZITO LOPES, nas fls. 15/16, JOSE DE SOUZA CRUZ, nas fls. 18/21, JOSE PEREIRA DA SILVA, nas fls. 22/23, FRANCISCO EMÍDIO DA SILVA, na fl. 25, e JOAO LEITE DOS SANTOS, na fl. 27.

Alegações escritas dos Réus nas fls. 51/54, onde sustentam que (*sic*):

[A] o acusado Francisco Damiano da Silva, se dispôs a uns poucos conhecidos, a tirar as xérox do material que por-

tavam, enquanto estes aguardavam na fila. Enquanto que o acusado João Alves Filho sequer tirou qualquer xerox para alguém;

[B] sequer se atingiu o tipo delituoso narrado na denúncia, já que, as pessoas que estavam ali para tirarem os seus títulos, se fizeram alguma alteração em suas contas de energia elétrica, não chegaram a utilizá-las, já que - como afirmou a Promotoria de justiça, foram detidas enquanto ainda se averiguava a possibilidade de estarem "falsificadas";

[C] o material apreendido trata-se de meras cópias, ou seja, não estamos falando de documentos. Ora, se não são documentos, não se pode falar em falsificação em particular quando tratamos de cópias inautênticas.

Requereram (I) a rejeição da Denúncia ou (II) fosse "declarada em sentença [II.1] a extinção da punibilidade por inexistência de tipificação penal para o que se chamou de 'crime'" ou (II.2) "a absolvição dos acusados por não terem praticado qualquer ato delituoso" - cf. fl. 53.

Procurações dos Réus a Advogados nas fls. 55/56.

Carta da CELPE na fl. 62, informando, por meio dos documentos de fls. 63/82, os nomes dos titulares das contas de energia elétrica supramencionadas: FRANCISCO ANTONIO DA SILVA, não Jose de Souza Cruz; IZABEL FERREIRA GOMES, não Francisco Emidio da Silva, Joao Leite dos Santos ou Jose Pereira da Silva; MANOEL RODRIGUES DE CARVALHO, não Jose Zezito Lopes.

Certidão negativa de antecedentes criminais dos Réus, fornecida pelo IITB, nas fls. 95/96.

Depoimento pessoal do Réu FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, na fl. 110.

Depoimento pessoal do Réu JOÃO ALVES FILHO, na fl. 111.

Procuração dos Réus a Advogada, nas fls. 121/122.

Termo de inquirição de 5 (cinco) testemunhas de acusação nas fls. 124/132.

Petição do Réu JOÃO ALVES FILHO, nas fls. 143/144, oferecendo rol de testemunhas e pleiteando a absolvição.

Substabelecimento de poderes entre Advogados do Réu FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, na fl. 150.

Termo de audiência, na fl. 151, na qual o Réu JOÃO ALVES FILHO indicou novo Advogado para sua defesa, dispensou-se o oitiva das testemunhas arroladas pelos Réus e houve manifestação das partes pela desnecessidade de diligências.

Alegações finais do Ministério Público Eleitoral nas fls. 153/156, pleiteando a PROCEDÊNCIA PARCIAL do pedido contido na Denúncia de fls. 2/6, para, em mera *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), CONDENAR os Réus nas penas dos arts. 290 (induzimento para que alguém se inscreva como eleitor) e 349 (falsificação de documento particular ou alteração de documento particular verdadeiro) do CE.

Alegações finais dos Réus, nas fls. 158/163, afirmando que (I) o caso é de *emendatio libelli*, nos moldes em que exposta pela acusação, (II) ratifica-se a peça de defesa de fls. 51/53 (na fl. 54 está apenas o rol de testemunhas), (III) não houve induzimento pelos Réus a que as testemunhas se inscrevessem em ou transferissem seus títulos de eleitor para Ipubi, (IV) não se fez prova de que os Réus tenham concorrido para a falsificação de documento (V) nem cabe falar deste (documento) se a materialidade apóia-se em cópias inautênticas, pleiteando, enfim e em suma, a **ABSOLVIÇÃO** por não existir prova de terem concorrido para as infrações penais.

Autos conclusos para Sentença em 26 de julho de 2005 - cf. fl. 164.

É o relatório daquilo que de relevante ocorreu no curso deste processo.

Passo à fundamentação.

### 3 FUNDAMENTAÇÃO

#### 3.1 Com efeito, deve-se proceder à *emendatio libelli*, admitida tanto pela acusação quanto pela defesa, nas respectivas alegações finais

A descrição fática contida na Denúncia de fls. 2/6 enquadra-se nos arts. 290 (induzimento para que alguém se inscreva como eleitor) e 349 (falsificação de documento particular ou alteração de documento particular verdadeiro) do CE.

#### A respeito, na Lei:

**Art. 364 do CE.** No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

**Art. 383 do CPP.** O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

#### E na Jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. CONDENAÇÃO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CONCURSO DE AGENTE E EMPREGO DE ARMA). ALEGAÇÃO DE MUTATIO LIBELLI. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. EMENDATIO LIBELLI. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Não configura mutatio libelli atribuir capitulação legal diversa a fato descrito na denúncia. No processo penal, o sujeito passivo da relação processual defende-se dos fatos a ele imputados na peça acusatória, e não de sua capitulação jurídico-legal.

Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 16177/RJ (2001/0026714-9), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 15.02.2005, unânime, DJ 14.03.2005).

PENAL. PROCESSO PENAL. (...) DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME DI-

VERSO. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. (...) WRIT PROVIDO EM PARTE. (...)

3. O juiz pode condenar o réu por delito diverso do imputado na denúncia, baseando-se nos fatos narrados na exordial acusatória, desde que observadas as regras garantidoras da ampla defesa. Observância do princípio da correlação e jura novit curia. Aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal. (...)

(Habeas Corpus nº 31789/PE (2003/0206926-4), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Medina. j. 06.04.2004, unânime, DJ 03.05.2004).

### 3.2 Diz, pois, o art. 290 do CE:

**Art. 290.** Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código.

Pena - reclusão até 2 (dois) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa.

#### 3.2.1 Embora esse artigo refira-se apenas à inscrição, é pacífico que abrange também a transferência:

RECURSO ESPECIAL - CRIME ELEITORAL - INDUZIMENTO A TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA - DECISÃO REGIONAL QUE ASSENTOU QUE A CONDUTA NÃO SE SUBSUME À FIGURA TÍPICA PREVISTA NO ART. 290 DO CE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A jurisprudência da Corte é no sentido de que a expressão inscrição, contida no art. 290 do Código Eleitoral, é gênero do qual a transferência é espécie.

**Decisão:** Por unanimidade, o Tribunal conheceu e deu

provimento ao recurso para determinar que o TRE prossiga na ação penal.

(Recurso Especial Eleitoral nº 15321/RS, TSE, Rel. Min. Eduardo Alekmin. j. 11.05.1999, DJ 21.05.1999, p. 107)

#### 3.2.2 Ainda no que concerne ao tipo inscrito no art. 290 do CE, não se fez, entretanto, prova da indução por ele exigida (*sic*):

testemunha Expedito Lopes dos Santos: “que preferiu se alistar como eleitor de Ipubi., tendo em vista que em Ipubi seria mais fácil e mais perto da residência da testemunha” (fls. 124/125);

testemunha Francisco Emidio da Silva: “que resolveu transferir o título para Ipubi por vontade própria (...) que quando estava em Serrolândia estava disposto a vi em qualquer transporte” (fl. 126);

testemunha José Leite dos Santos: “que no dia do fato, estava no ‘ponto de pegar carro’, quando Francisco Damião por lá passou, que não estava combinado que viria no carro de Francisco Damião” (fl. 128);

testemunha Sueli de Souza Cruz: “que no dia que veio tirar o título estava disposta a pegar qualquer carro para Ipubi, pois não havia combinado com Neuter previamente” (fl. 130).

Lecionam Rui e Leandro de Oliveira Stoco:

Observa Sebastião Oscar Feltrin que “o ‘induzir’ é mais abrangente que o ‘instigar’. No primeiro caso o agente

VERSO. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. (...) WRIT PROVIDO EM PARTE. (...)

3. O juiz pode condenar o réu por delito diverso do imputado na denúncia, baseando-se nos fatos narrados na exordial acusatória, desde que observadas as regras garantidoras da ampla defesa. Observância do princípio da correlação e jura novit curia. Aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal. (...)

(Habeas Corpus nº 31789/PE (2003/0206926-4), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Medina. j. 06.04.2004, unânime, DJ 03.05.2004).

### 3.2 Diz, pois, o art. 290 do CE:

**Art. 290.** Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código.

Pena - reclusão até 2 (dois) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa.

#### 3.2.1 Embora esse artigo refira-se apenas à inscrição, é pacífico que abrange também a transferência:

RECURSO ESPECIAL - CRIME ELEITORAL - INDUZIMENTO A TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTE - DECISÃO REGIONAL QUE ASSENTOU QUE A CONDUTA NÃO SE SUBSUME À FIGURA TÍPICA PREVISTA NO ART. 290 DO CE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A jurisprudência da Corte é no sentido de que a expressão inscrição, contida no art. 290 do Código Eleitoral, é gênero do qual a transferência é espécie.

**Decisão:** Por unanimidade, o Tribunal conheceu e deu

provimento ao recurso para determinar que o TRE prossiga na ação penal.

(Recurso Especial Eleitoral nº 15321/RS, TSE, Rel. Min. Eduardo Alckmin. j. 11.05.1999, DJ 21.05.1999, p. 107)

#### 3.2.2 Ainda no que concerne ao tipo inscrito no art. 290 do CE, não se fez, entretanto, prova da indução por ele exigida (*sic*):

testemunha Expedito Lopes dos Santos: “que preferiu se alistar como eleitor de Ipubi., tendo em vista que em Ipubi seria mais fácil e mais perto da residência da testemunha” (fls. 124/125);

testemunha Francisco Emidio da Silva: “que resolveu transferir o título para Ipubi por vontade própria (...) que quando estava em Serrolândia estava disposto a vir em qualquer transporte” (fl. 126);

testemunha José Leite dos Santos: “que no dia do fato, estava no ‘ponto de pegar carro’, quando Francisco Damião por lá passou, que não estava combinado que viria no carro de Francisco Damião” (fl. 128);

testemunha Sueli de Souza Cruz: “que no dia que veio tirar o título estava disposta a pegar qualquer carro para Ipubi, pois não havia combinado com Neuter previamente” (fl. 130).

Lecionam Rui e Leandro de Oliveira Stoco:

Observa Sebastião Oscar Feltrin que “o ‘induzir’ é mais abrangente que o ‘instigar’. No primeiro caso o agente

faz nascer no terceiro o propósito de uma inscrição ou uma transferência nunca pensada. No segundo, ele estimula ou reforça um propósito já admitido” (*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2001, v. 1, p. 1521).

(...)

O critério de tipificação de condutas humanas, alçando-as à condição de infração penal, é rígido. Apenas se a conduta subsumir-se à perfeição no arquétipo legal é que se pode incriminar.

(...)

Como lembra Luiz Regis Prado, citando E. Gimbernat Ordeig (*Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, p. 52 e ss.), “tendo em vista o primado do princípio da legalidade (art. 1o. do CP), é força destacar que toda interpretação encontra limites na letra da lei, de modo que a interpretação extensiva somente deverá ser empregada para incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, v. 1, p. 193). Como ensinava Jiménez de Asúa: “somente quando houver dúvida na interpretação prevalece o critério restritivo para não prejudicar o réu e extensivo quando lhe for favorável” (*Principios de Derecho Penal – La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 73).

[*Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*. 2a. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 590-1].

Assim têm interpretado os Tribunais o que seja induzir:

Induzir, como escreveu o Min. Nelson Hungria, a propósito do art. 122 do CP, “significa persuadir ou levar alguém a praticar um ato”, pressupondo “a iniciativa

na formação da vontade de outrem”.

HC 80 – TSE – Rel. Min. Néri da Silveira – Bol. Eleitoral 320/101.

Basta o induzimento, com o objetivo de levar terceiro à prática do ato fraudulento, para se ter a consumação do crime tipificado no art. 290 do Cód. Eleitoral, independente da existência ou não da oferta de vantagens. (...) Basta criar, na idéia de outrem, o desenvolvimento de uma atividade criminosa.

(RC 117.232 – TRE/SP – Rel. Juiz Appobato Machado).

### 3.2.3 Por seu turno, a Denúncia não indica o dispositivo que teria sido violado, limitando-se a narrar que:

Os funcionários do Cartório Eleitoral perceberam que as xerox das contas de energia que serviram de comprovante de residência, condição essa exigida pela Justiça Eleitoral, para se tirar ou transferir títulos de eleitorais, apresentavam indícios de falsificação, ou seja, montagem com outras contas de energia (...). [fl. 3]

Acontece que **não exige** o Código Eleitoral comprovante de residência para a inscrição de eleitor ou a transferência de seu título:

**CONDENAÇÃO DOS RÉUS À PENA DE 25 DIAS-MULTA, COMO INCURSOS NO ARTIGO 290 DO CÓDIGO ELEITORAL.**

(...)

III - Só se configura o crime capitulado no artigo 290 do Código Eleitoral se a indução do eleitor for efetiva-

da com infração de qualquer norma do referido diploma legal.

Decisão: Retomado o julgamento, votaram os Juizes Fernando Setembrino e Marco Aurélio Bellizze Negando Provimento ao Recurso, e Marcelo Fontes acompanhando o Relator dando Provimento ao Recurso, ficando o julgamento com o seguinte resultado: à unanimidade, Rejeitaram as Preliminares, e, no mérito, por maioria, deu-se Provimento ao Recurso, na forma do voto do Relator. vencidos os Juizes Fernando Setembrino e Marco Aurélio Bellizze.

(Recurso Criminal nº 17 (19.200), TRE/RJ, Miguel Pereira, Rel. Frederico Gueiros. j. 22.02.2000).

DOMICILIO ELEITORAL. TRANSFERENCIA. COMPROVANTE DE RESIDENCIA.

NAO ACOLHIDA A SUGESTAO ENCAMINHADA PELO TRE/PR NO SENTIDO DE SER EXIGIDA APRESENTACAO DE COMPROVANTE IDONEO DE RESIDENCIA DO ELEITOR PARA FINS DE TRANSFERENCIA DE DOMICILIO ELEITORAL. PELO NAO ACOLHIMENTO. DECISAO UNANIME.

Precedente: CTA Nº: 9274 (CTA) - PR, RES. Nº 14355, DE 30/06/1988, Rel.: SEBASTIÃO REIS.

(PA-10159 - TSE - DJ - Diário de Justiça, Data 20/11/1989, Página 17277).

PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO ELEITORAL. INDEFERIMENTO. RECURSO ELEITORAL. INCABÍVEL A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

I - Para fins de transferência eleitoral, não se exige a apresentação do comprovante de residência do elei-

tor, bastando, tão-somente, a declaração, sob as penas da lei, de seu novo domicílio. **Precedente do egrégio TSE.**

II - Obediência às disposições do art. 8º e incisos da Lei nº 6.996/82.

III - Conhecimento e provimento do recurso.

(Recurso Eleitoral nº 03/2003 (103/2003), TRE/AM, Santo Antônio do Içá, Rel. Aristóteles Lima Thury. j. 02.12.2003, unânime, DOE 05.12.2003).

ADMINISTRATIVO - PORTARIA Nº 001/99 - JUIZ DA 47 ZONA ELEITORAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA - DISCORDÂNCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS - CASSAÇÃO - COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO "A QUO" - DECISÃO UNÂNIME.

Deve ser cassada a Portaria nº 001/99, com a consequente comunicação do ato ao Magistrado da 47ª Zona Eleitoral, haja vista que baixada em flagrante discordância com dispositivos legais (art. 6º e 8º, da Lei 6.996/82), ao exigir comprovante de residência, por parte de eleitor ou alistando, para a prática de atos eleitorais nela cominados.

Decisão: À unanimidade, cassar a referida portaria, tornando nulos seus efeitos, e comunicando-se o fato ao Douto Magistrado.

(Processo nº 162 (10/99), TRE/ES, Rel. Mauricio Almeida de Abreu. j. 12.05.1999, DOE 21.05.1999, p. 35).

CONSULTA. DOMICÍLIO ELEITORAL. ALISTAMENTO E TRANSFERÊNCIA - PROPOSIÇÃO DA COORDENADORIA DOS JUÍZES E DA PROPAGANDA ELEITORAL DA CAPITAL VISANDO EVI-



TAR ABUSOS NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS, EXIGINDO-SE APRESENTAÇÃO DE COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA.

1. O procedimento para a matéria em exame encontra-se previsto na Resolução 20.132/98, que impõe residência mínima de três meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor.

2. Consulta conhecida e respondida negativamente.

(Consulta nº 776, TRE/GO, Goiânia, Rel. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos. j. 31.10.2003, unânime, DJ 07.11.2003).

3.2.4 Enfim, as testemunhas afirmaram que, a despeito de as contas de energia haverem sido adulteradas, seu domicílio eleitoral acha-se, **de fato**, neste Município e Zona Eleitoral ou **não sabem exatamente na zona rural de que Município ou Zona Eleitoral o têm** (sic):

Expedito Lopes dos Santos: “residente no Sítio Serra do Poço, Distrito de Serrolândia, zona rural deste município (...) QUE, o depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (04) quatro anos” (fl. 14); “que de Ipubi para residência da testemunha diz ter 5 léguas, que da residência da testemunha a Bodocó diz ter 8 a 9 léguas” (fl. 125);

Sueli de Souza Cruz: “residente no Sítio Serra da Palma, zona rural deste município” (fl. 17); “residente na Serrolândia, Ipubi - PE (...) que mora na Serra da Palma, próximo a Serrolândia, que mora na Serra da Palma a uns 04 anos” (fl. 130);

Francisco Emídio da Silva: “residente no Sítio Posto dos Caetanos, zona rural deste município (...) QUE, o

depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (04) quatro anos” (fl. 24); “que tem certeza que Porto dos Caetanos fica dentro de Bodocó, e fica próxima a Feitoria, que Porto dos Caetanos é mais próximo de Bodocó que Ipubi, que Porto dos Caetanos fica a 08 léguas aproximadamente, que em verdade, não sabe quantas léguas, que verdade Portos dos Caetanos é mais longe de Bodocó” (fls. 126/127);

José Leite dos Santos: “residente no Sítio Serra do Poço, Distrito de Serrolândia, zona rural deste município (...) QUE, o depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (05) cinco anos” (fl. 26); “residente na Serra do Posto, Ipubi - PE (...) que sempre morou na Serra do Posto município de Ipubi” (fl. 128);

José de Souza Cruz: “residente Serra da Palma - Serrolândia, Ipubi - PE (...) que mora na Serra da Palma há uns dois anos (...) que na casa da testemunha tem energia elétrica, razão pela qual recebe contas mensais, que as contas são em nome da testemunha” (fl. 131).

Eis *decisum* abordando a questão:

RECURSO CRIMINAL VISANDO A REFORMA DA R. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ABSOLVEU OS RECORRIDOS DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 289 (OS 2 PRIMEIROS) E ART. 290 (O ÚLTIMO) DO CE. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARÁTER ILÍCITO NA CONDUTA DOS RECORRIDOS.

Ausência do intuito de fraudar o alistamento eleitoral, visto morarem na divisa com o Município e ali manterem seus interesses e atividades. Não havendo inscri-

TAR ABUSOS NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS, EXIGINDO-SE APRESENTAÇÃO DE COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA.

1. O procedimento para a matéria em exame encontra-se previsto na Resolução 20.132/98, que impõe residência mínima de três meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor.

2. Consulta conhecida e respondida negativamente. (Consulta nº 776, TRE/GO, Goiânia, Rel. Avelídes Almeida Pinheiro de Lemos. j. 31.10.2003, unânime, DJ 07.11.2003).

3.2.4 Enfim, as testemunhas afirmaram que, a despeito de as contas de energia haverem sido adulteradas, seu domicílio eleitoral acha-se, **de fato**, neste Município e Zona Eleitoral ou **não sabem exatamente na zona rural de que Município ou Zona Eleitoral o têm** (sic):

Expedito Lopes dos Santos: “residente no Sítio Serra do Poço, Distrito de Serrolândia, zona rural deste município (...) QUE, o depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (04) quatro anos” (fl. 14); “que de Ipubi para residência da testemunha diz ter 5 léguas, que da residência da testemunha a Bodocó diz ter 8 a 9 léguas” (fl. 125);

Sueli de Souza Cruz: “residente no Sítio Serra da Palma, zona rural deste município” (fl. 17); “residente na Serrolândia, Ipubi - PE (...) que mora na Serra da Palma, próximo a Serrolândia, que mora na Serra da Palma a uns 04 anos” (fl. 130);

Francisco Emídio da Silva: “residente no Sítio Posto dos Caetanos, zona rural deste município (...) QUE, o

depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (04) quatro anos” (fl. 24); “que tem certeza que Porto dos Caetanos fica dentro de Bodocó, e fica próxima a Feitoria, que Porto dos Caetanos é mais próximo de Bodocó que Ipubi, que Porto dos Caetanos fica a 08 léguas aproximadamente, que em verdade, não sabe quantas léguas, que verdade Portos dos Caetanos é mais longe de Bodocó” (fls. 126/127);

José Leite dos Santos: “residente no Sítio Serra do Poço, Distrito de Serrolândia, zona rural deste município (...) QUE, o depoente reside no Sítio acima citado a cerca de (05) cinco anos” (fl. 26); “residente na Serra do Posto, Ipubi - PE (...) que sempre morou na Serra do Posto município de Ipubi” (fl. 128);

José de Souza Cruz: “residente Serra da Palma - Serrolândia, Ipubi - PE (...) que mora na Serra da Palma há uns dois anos (...) que na casa da testemunha tem energia elétrica, razão pela qual recebe contas mensais, que as contas são em nome da testemunha” (fl. 131).

Eis *decisum* abordando a questão:

RECURSO CRIMINAL VISANDO A REFORMA DA R. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ABSOLVEU OS RECORRIDOS DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 289 (OS 2 PRIMEIROS) E ART. 290 (O ÚLTIMO) DO CE. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARÁTER ILÍCITO NA CONDUTA DOS RECORRIDOS.

Ausência do intuito de fraudar o alistamento eleitoral, visto morarem na divisa com o Município e ali manterem seus interesses e atividades. Não havendo inscri-

ção fraudulenta não há também de se falar em indução a fraude.

Improvemento do recurso.

Decisão:

Vistos, (...) unânime, em conhecer do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento.

(Recurso Eleitoral nº 22557 (002), TRE/PR, Rel. Dr. Antenor Demeterco Jr., Rel. Desig. Dr. Carlos Mansur Árida. j. 28.09.1998, DJ 09.10.1998).

### 3.3 Passa-se à leitura do art. 349 do CE:

**Art. 349.** Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até 5 (cinco) anos e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa.

#### 3.3.1 Sobre a necessária potencialidade de dano a fim de preencher requisito desse tipo penal eleitoral, mais uma vez a palavra está com Rui e Leandro de Oliveira Stoco:

Portanto, em resumo e conclusão do estudo aqui encartado, pode[-se] afirmar que quatro são os requisitos para configuração da falsidade material de documento particular: a) alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante, expresso em suporte particularmente produzido; b) imitação da verdade; c) potencialidade de dano; e d) dolo dirigido à finalidade eleitoral.

(...)

Mas embora se cuide de delito formal, não se exigindo que a falsificação produza efeitos, não se pode

**deslembrar que a falsidade deve apresentar potencialidade lesiva, ou seja, o documento assim nascido deve ser apto a enganar ou confundir e, enfim, induzir a erro. É crime de perigo, ou seja, o falso deve ser idôneo para enganar.**

(...)

**Em verdade, falsificação, total ou parcial, de documento deve ser potencialmente hábil para iludir e induzir a erro, ou seja, deva ser apta a produzir o efeito desejado.** [Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência. 2a. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 548-9].

Seja repetido o mesmo trecho da própria Denúncia:

Os funcionários do Cartório Eleitoral perceberam que as xerox das contas de energia **que serviram de comprovante de residência, condição essa exigida pela Justiça Eleitoral, para se tirar ou transferir títulos de eleitorais**, apresentavam indícios de falsificação, ou seja, montagem com outras contas de energia (...). [fl. 3]

Já decidiram Tribunais Regionais Eleitorais:

Quatro são os requisitos para configuração da falsidade material: a) alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante; b) imitação da verdade; c) potencialidade de dano; e d) dolo. Ainda que se apresentem como requisitos distintos, na prática, mesclam-se aqueles de forma a inexistir o crime se não preenchidos todos os requisitos.

(RC 133.985 - TRE/SP - Rel. Juiz José Reynaldo - j. 27.04.99).

RECURSO CRIMINAL. ARTS. 290, 350 E 353 DO CÓDIGO ELEITORAL.

1º denunciado: Condenação nas sanções do art. 353 do Código Eleitoral.

Ausência de tipicidade, uma vez que o meio empregado não era suficiente para enganar, visto ser pública e notória a falsidade do documento. (...)

Recurso provido para absolver os recorrentes da condenação que lhes foi imposta.

Decisão Deram provimento ao recurso

(Recurso Criminal nº 372002 (711/2002), TRE/MG, Juatuba, Relª. Maria das Graças S. Albergaria S. Costa. j. 02.07.2002, DJMG 21.08.2002, p. 72).

3.3.2 Finalmente, afasta-se das condutas analisadas o dano potencial inclusive porque, como exposto acima, não há exigência **legal** de apresentar comprovante de residência para a inscrição de eleitor ou a transferência de seu título, além de o domicílio eleitoral das testemunhas estar, **de fato**, neste Município e Zona Eleitoral ou não saberem elas **exatamente** na zona rural de que Município ou Zona Eleitoral o têm:

**RECURSO - CRIME ELEITORAL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR - ATA - CONVENÇÃO - INSERÇÃO POSTERIOR DE INFORMAÇÃO RELATIVA A VALORES A SEREM DESPENDIDOS NA CAMPANHA PARA PREFEITO - INEXISTÊNCIA DE DANO POTENCIAL - PROVIMENTO DO RECURSO.**

Para configurar-se o crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral, a conduta deve possuir ao menos

potencialidade de dano, **sem a qual o tipo não se realiza**. Não havendo obrigação legal de que sejam informados na ata da convenção partidária os valores de gastos com a campanha, a inserção de tal dado, em momento posterior à assinatura dos convencionais, não representa, **nem em tese**, prejuízo a estes.

(Recurso em Processo-Crime Eleitoral nº 539 (21121), TRE/SC, Rel. Henry Goy Petry Júnior. j. 14.08.2006, unânime, DJESC 17.08.2006).

4 O Acórdão seguinte bem  **sintetiza**  o caso dos autos:

**RECURSO CRIMINAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 289, 290 E 348 DO CÓDIGO ELEITORAL. DOMICÍLIO ELEITORAL. RESIDÊNCIA DOS RECORRIDOS NO LOCAL DECLINADO. INSCRIÇÃO FRAUDULENTE. ATIPICIDADE. INDUÇÃO. INEXISTÊNCIA. FALSIDADE DOCUMENTAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA. AUSÊNCIA. DECRETO ABSOLUTÓRIO. ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

(Recurso Criminal nº 1722 (146912), TRE/SP, Cubatão, Rel. Suzana de Camargo Gomes. j. 14.10.2003, DOE 11.12.2003).

É a fundamentação.

Decido.

## 5 DISPOSITIVO

*Ex positis*, ABSOLVO, por atipicidade das respectivas condutas, os Réus FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, vulgo MOTINHA, e JOÃO ALVES FILHO, vulgo NEUTER, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

P.R.I.

Ipupi, 25 de abril de 2007

1 **ESMAPE - BIBLIOTECA**  
340.05  
P-01  
CONSULTA



## 5 DISPOSITIVO

Ex positis, ABSOLVO, por atipicidade das respectivas condutas, os Réus FRANCISCO DAMIÃO DA SILVA, vulgo MOTINHA, e JOÃO ALVES FILHO, vulgo NEUTER, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

P.R.I.

Ipubi, 25 de abril de 2007

**1 ESMAPE - BIBLIOTECA**  
**340.05**  
**P-01**  
**CONSULTA**



2.3 O autor receberá, gratuitamente, dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com a sua colaboração.

2.4 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citado o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

2.5 A seleção dos trabalhos é de competência da Comissão Editorial.

2.6 Os originais selecionados serão submetidos à revisão ortográfica e gramatical, podendo ser alterados com a prévia autorização do autor.

2.7 Os trabalhos serão submetidos à revisão final do próprio autor.

2.8 Os trabalhos 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 a linha editorial da Revista.

2.9 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

2.10 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 da Comissão Editorial.

Os trabalhos devem ser remetidos para:

Escola Superior da Magistratura de  
Pernambuco – ESMAPE

Revista da Esmape

Comissão Editorial – Biblioteca  
Rua Imperador Pedro II, nº 221 -

Santo Antônio – Recife – PE

CEP 50.910.240

Ou biblioteca @esmape.com.br



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

**Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837**

**Site: <http://www.esmape.com.br>**