

# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 10 | 2014.2





# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 10 | 2014.2

Salvador, Bahia  
**2014**

*ISSN: 2176-0039*

**Editor**

Prof. Fernando Caria Leal Neto

**Capa**

Salamanda

**Diagramação**

Carla Piaggio



*Rua Visconde de Itaborahy, 989,  
Amaralina, Salvador – Bahia  
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552  
contato@faculdadebaianadedireito.com.br  
www.faculdadebaianadedireito.com.br*

## Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.



## Processo de avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos adu-

zidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.

6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.



# Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: [publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br](mailto:publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br) (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*;

local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.

6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.
9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

**Fernando Caria Leal Neto**

*Editor dos Cadernos de Iniciação Científica*

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

*Solicita-se permuta.*

*Piedese canje.*

*On demande l'échange.*

*We ask for exchange.*

*Si richide lo scambio.*

*Austausch wird gebeten.*

# Sumário

## Capítulo I

### **O TRIBUNAL DO JÚRI NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS ..... 15**

*Clara Caldas Marocci Gonçalves*

1. Introdução ..... 17
2. Histórico do Tribunal do Júri ..... 18
3. Tribunal do júri no Brasil..... 20
  - 3.1. O Tribunal do Júri nas constituições brasileiras 20
  - 3.2. Competência do Tribunal do Júri..... 22
  - 3.3. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri no Brasil ..... 22
4. Tribunal do júri em Portugal ..... 30
  - 4.1. Tribunal do júri nas constituições portuguesas .. 30
  - 4.2. Da competência do Tribunal do Júri ..... 31
  - 4.3. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri em Portugal ..... 32
5. Grelha comparativa ..... 36
6. Síntese comparativa..... 37
7. Conclusão..... 38
8. Referências ..... 39

## Capítulo II

### **APLICABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO: É POSSÍVEL? ..... 43**

*Emilena Rúbia de Melo Porto Alves*

1. Introdução ..... 46
2. Conceitos..... 48
  - 2.1. Processo ..... 48
  - 2.2. Negócio Jurídico ..... 49
    - 2.2.1. Negócio Jurídico Processual ..... 53
  - 2.3. Princípios do Processo Civil e do Processo Administrativo ..... 55

2.3.1. Princípio da Legalidade .....	55
2.3.2. Princípio da Cooperação .....	55
2.3.3. Princípio da Publicidade .....	56
2.3.4. Princípio Devido Processo Legal .....	56
2.3.5. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório.	57
2.3.6. Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade .....	57
2.3.7. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil .....	58
3. O Processo Administrativo e a Aplicabilidade do Ne- gócio Jurídico Processual .....	59
4. Conclusão.....	67
5. Referências .....	69

### **Capítulo III**

#### **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE (NA DESAPROPRIAÇÃO) PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E NOS SEUS PRINCÍPIOS. .... 73**

*Milaila Bezerra de Almeida*

1. Principios da razoabilidade e proporcionalidade .....	76
1.1. Jurisprudências do STF .....	80
2. Desapropriação.....	82
2.1. Procedimento da desapropriação.....	87
2.2. A desapropriação e os seus princípios norteadores.....	90
2.3. Supremacia do interesse público x interesse privado.....	92
2.4. Princípio da proporcionalidade e o ato expropriatório .....	93
3. Neoconstitucionalismo .....	96
3.1. Análise do neoconstitucionalismo nos princípios do direito administrativo .....	100
4. Conclusão.....	104
5. Referências .....	105

## SUMÁRIO

### Capítulo IV

#### **HUMOR E AUTONOMIA PRIVADA: QUANDO O RISO PÔE EM RISCO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 109**

*Pablo Michel da Silva Pereira*

1. Introdução .....	111
2. Humor e autonomia privada .....	113
3. Humor e direitos da personalidade .....	116
4. Limites jurídicos ao humorismo .....	127
5. Conclusão .....	132
6. Anexo .....	134
7. Referências .....	134

### Capítulo V

#### **A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL AO LUME DO MINIMALISMO PENAL .....137**

*Raissa Barreto Macedo*

*Thais Rivera Duran Barreto*

1. Introdução .....	140
2. Adolescência e seu tratamento no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	141
2.1. Conceito e tratamento histórico de adolescência .	141
2.2. Desenvolvimento do adolescente e transgressão .	145
2.3. Estatuto da criança e do adolescente: direito penal juvenil?.....	150
3. Função da pena e o minimalismo penal .....	154
3.1. Função de ressocialização da pena e o sistema brasileiro.....	154
3.2. Da deslegitimação do sistema penal ao minimalismo penal.....	155
3.2.1. Minimalismo penal.....	160
3.3. Ressocialização x Minimalismo Penal .....	163
4. Redução da maioria penal ao lume do minimalismo penal .....	169
4.1. Prejuízo do encarceramento de indivíduos em desenvolvimento no Sistema Penal destinado a adultos.....	169

4.2. Ressocialização dos jovens .....	174
4.3. Minimalismo penal aplicado aos indivíduos em desenvolvimento.....	177
4.4. Vedação Constitucional .....	181
5. Considerações finais .....	182
6. Referências .....	186

## **Capítulo VI**

### **A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: UM ESTUDO COMPARATÍSTICO ENTRE O ORDENAMENTO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.....191**

*Rebecca Wicks Sant'anna*

1. A sucessão testamentária no ordenamento brasileiro e português.....	194
2. Conclusão.....	208
3. Referências .....	209

## **Capítulo VII**

### **DEVERES MATRIMONIAIS E AUTONOMIA PRIVADA: A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES .....211**

*Thais Rivera Duran Barreto*

1. Introdução .....	214
2. Autonomia privada e estado mínimo .....	215
3. Deveres matrimoniais .....	220
4. Autonomia privada e os deveres matrimoniais de coabitação e de fidelidade recíproca .....	225
5. Considerações finais .....	233
6. Referências .....	235

# Capítulo I

## O Tribunal do Júri nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português

**Clara Caldas Marocci Gonçalves**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





# O Tribunal do Júri nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português

**Resumo:** O presente trabalho destina-se a apresentar o Tribunal do Júri sob as perspectivas brasileira e portuguesa, em especial por meio da exposição de seus procedimentos, enunciados por diplomas legais de cada país, e analisar o papel que o instituto ocupa, seus fundamentos, seus objetivos em cada ordenamento, bem como explicar os efeitos das semelhanças e diferenças encontradas ao fim da análise comparada

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Competência. Direito comparado.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Histórico do Tribunal do Júri — 3. Tribunal do Júri no Brasil: 3.1. O Tribunal do Júri nas Constituições Brasileiras; 3.2. Competência do Tribunal do Júri; 3.2. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri no Brasil — 4. Tribunal do Júri em Portugal: 4.1. Tribunal do Júri nas Constituições Portuguesas; 4.2. Da competência do Tribunal do Júri; 4.3. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri em Portugal — 5. Grelha Comparativa — 6. Síntese Comparativa — 7. Conclusão — 8. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Todos os ordenamentos jurídicos visam regular situações no seio de uma dada sociedade, no entanto, por

conta da pluralidade de culturas espalhadas pelo globo, aos mesmos problemas, às mesmas situações são dados tratamentos distintos em sociedades distintas.

Diante disso, é através dos métodos comparativos propostos pelo Direito Comparado que é possível encontrar pontos de convergência e pontos de divergência entre os mais variados ordenamentos jurídicos e, além disso, entender as razões históricas, culturais e econômicas para a adoção de um ou de outro meio de lidar com esses problemas sociais.

No presente trabalho, por meio da microcomparação entre o instituto do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro e o mesmo instituto no ordenamento jurídico português.

O tema foi escolhido por conta da íntima relação histórica e cultural entre os dois países, relação esta que permite-nos afirmar que o Direito Brasileiro “nasceu” do Direito Português. Ao mesmo tempo, os dois direitos sob comparação tomaram rumos diferentes, em certos aspectos, com o curso da história.

O objectivo deste trabalho é apresentar o Júri brasileiro e o Júri português por meio da exposição de seus procedimentos enunciados por diplomas legais de cada país, e analisar o papel que o instituto ocupa, seus fundamentos seus objetivos em cada ordenamento e explicar os efeitos das semelhanças e diferenças encontradas ao fim da comparação.

## **2. HISTÓRICO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Muitos estudiosos do Direito apontam que o surgimento do Tribunal do Júri, tal qual o concebemos

hoje, se deu na Inglaterra, onde, em 1215, o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízes de Deus. No lugar desses últimos, foi instalado o Conselho de jurados que, a partir desse momento, tinha competência para julgar os casos.

A princípio, o Júri Inglês não chegou aos demais países do continente europeu. A maior parte da Europa Continental ainda vivia a realidade medieval, onde o poder da Igreja Católica e da nobreza feudal eram dominantes e seria inimaginável que aos cidadãos fosse dada competência para julgar seus pares.

Com a Revolução Francesa de 1789, porém, o cenário mudou radicalmente. Surgiu a necessidade de substituição do Judiciário sem identificação com o povo e que servia apenas aos interesses da monarquia por um órgão com fundamento nos ideais republicanos e que representasse a soberania popular. Foi instituído, então, o Júri na França. A partir desse momento, as decisões judiciais refletiam os interesses do cidadão e não mais de uma minoria tirana. O Júri foi ganhando prestígio e espaço, como afirma Paulo Rangel:

“(...) o Júri se espalhou pela Europa, primeiro para a França em 1791 e depois para outros países, como Espanha, Suíça, Suécia, Romania, Grécia, Rússia e Portugal e também para os EUA, ganhando feições mais modernas, sendo que cada país adotou um modelo de júri” (RANGEL, Paulo, 2009, p. 44).<sup>1</sup>

1. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. Edição revista, ampliada e atualizada à luz das leis 11.689/08 e lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

### 3. TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

#### 3.1. O Tribunal do Júri nas constituições brasileiras

O Tribunal Popular surgiu, no Brasil, por meio de um decreto do Príncipe Regente D. Pedro I, em 1822. O Júri era composto por vinte e quatro Juizes de Fato — que deveriam ser cidadãos bons, inteligentes e patriotas — e, inicialmente, era de sua competência julgar casos envolvendo abuso da liberdade de imprensa. A Constituição Imperial de 1824 inseriu o órgão no Poder Judiciário e expandiu sua competência. Cabia ao Júri, agora, julgar também causas criminais e cíveis. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu artigo 72, § 31 manteve a instituição do Júri. O texto relativo ao Júri foi retirado das declarações de direitos e garantias individuais e incluído na parte destinada ao Poder Judiciário na Constituição da República de 1934. Face ao silêncio da Constituição da República de 1937 quanto ao Júri, coube ao Decreto-Lei nº 167 de cinco de janeiro de 1938 instituir e regulamentar a instituição. O Júri voltou a figurar entre os direitos e garantias constitucionais na Carta Magna de 1946. A Constituição de 1967, em seu artigo 150, §18, inovou relativamente à competência do Júri: “São mantidas a instituição e a soberania do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.<sup>2</sup>

Finalmente, na Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, o Júri aparece no artigo 5º, XXXVIII que elenca os princí-

---

2. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24 de janeiro de 1967.

3. BRASIL. Diário Oficial da União. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 05 de outubro de 1988.

pios norteadores da instituição. São eles: a *plenitude de defesa*, o *sigilo das votações*, a *soberania dos veredictos* e a *competência para os crimes dolosos contra a vida*.

*O primeiro não deve ser confundido com outro princípio constitucional, o da ampla defesa* (art. 5º, LV do mesmo diploma). A ampla defesa é assegurada aos réus em geral — que estão diante de um juiz togado. A ampla defesa corresponde a uma defesa “média”. Em se tratando de juízes leigos, por estes não dominarem as técnicas jurídicas, a defesa satisfatória não é apenas a defesa ampla, ela tem que ser plena. O defensor deve lançar mão de todos os recursos possíveis e legais para que os jurados compreendam a tese defensiva.

No Brasil, a regra geral é a publicidade nos processos, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. O sigilo nas votações, portanto, constitui exceção e é justificado pela necessidade da tutela da liberdade de opinião e convicção dos jurados. Nesse sentido, Aramis Nassif é preciso:

“Assegura a Constituição o sigilo das votações para preservar, com certeza, os jurados de qualquer tipo de influência ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder o questionário. Por isso mesmo a jurisprudência repeliu a idéia de eliminação da sala secreta, assim entendida necessária por alguns juízes com base na norma da Carta que impõe a publicidade dos atos decisórios (art. 93, IX, da CF).”<sup>4</sup>

O veredicto do Júri é soberano, não pode ser alterado por juízes togados. O magistrado só poderia decla-

4. NASSIF, Aramis. *O Júri Objetivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

rar anulação, em havendo vício processual, ou pedir que se realize novo julgamento (também em Tribunal do Júri) quando a decisão dos jurados contrariar manifestamente à prova dos autos. Portanto, a soberania do veredicto do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões nem esta exclui a primeira. O STF entende que a soberania das decisões do Tribunal do Júri está assegurada com o retorno dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento.

### **3.2. Competência do Tribunal do Júri**

Finalmente, o último princípio constitucional do Júri: a competência para os crimes dolosos contra a vida. Estes estão previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal<sup>5</sup> e correspondem, respectivamente, aos crimes de homicídio doloso simples, privilegiado ou qualificado, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto.

### **3.3. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri no Brasil**

A primeira fase do processo de competência do Tribunal do Júri é a fase da acusação e da instrução preliminar. Esta inicia-se quando a acusação oferece a ação penal para apreciação do magistrado. De acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>, “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato

---

5. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*.

6. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”. Sobre este último ponto, o artigo 406 em seu § 2º aduz que, na denúncia, a acusação deverá arrolar até oito testemunhas.

Após o recebimento da ação penal, o juiz ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de dez dias, nos termos do artigo 406 do Código de Processo Penal. Nesse momento, por conta do princípio da verdade real — que é princípio norteador da prova no processo penal —, a defesa poderá alegar tudo o que entender necessário para o bem da sua defesa, não há vedação alguma relativa ao conteúdo da resposta à acusação. Portanto, a defesa poderá desenvolver toda a sua tese defensiva, apresentando documentos e justificações. Deve arrolar as suas testemunhas também, no número máximo de oito (assim como a acusação, em respeito ao princípio da igualdade).

Se, no conteúdo da resposta, a defesa arguiu preliminares ou juntou documentos, necessariamente, a acusação deve ser intimada à manifestar-se no prazo de cinco dias, nos termos do artigo 409 do Código de Processo Penal.

Na sequência, deverá ser realizada uma audiência de instrução, onde todos os atos de produção de provas serão concentrados. Nessa audiência, segundo o artigo 411 do Código de Processo Penal, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido (se possível, tendo em vista que em se tratando de crimes dolosos contra a vida, muitas vezes, o resultado da ofensa é

a morte da vítima), à inquirição das testemunhas de acusação e depois das testemunhas de defesa, aos esclarecimentos dos peritos (somente nos casos em que o juiz entender necessária a intimação dos mesmos para prestarem esclarecimentos relativos ao laudo pericial), acareações (assim como a intimação dos peritos, as acareações também são facultativas, cabe ao juiz solicitar a realização das mesmas quando restar dúvida sobre ponto relevante para o julgamento da causa) e ao reconhecimento de pessoas e coisas. Posteriormente, o acusado é interrogado e iniciam-se os debates.

Encerrada a audiência de instrução, o magistrado proferirá a sua decisão. Esta pode ser: decisão de pronúncia, decisão de impronúncia, decisão de absolvição sumária e decisão de desclassificação.

A decisão de pronúncia é disciplinada pelo artigo 413 do Código de Processo Penal e consiste no juízo de admissibilidade da ação penal. Quando o magistrado crê que há indícios suficientes da autoria ou da participação do acusado e que há prova da materialidade delitiva, ele deve decidir pelo encaminhamento do acusado ao conselho de sentença. Essa decisão é interlocutória mista não terminativa, uma vez que o juiz não julga o mérito da causa e não põe fim ao procedimento. Em havendo dúvidas, o magistrado deve decidir pela pronúncia sob a luz do princípio “in dubio pro societati”.

A tipificação que o magistrado faz na decisão de pronúncia delimita a tese da acusação no Tribunal do Júri. Essa tese não pode mais ser alterada no lapso temporal entre a pronúncia e o julgamento em plenário do júri.

Contra a decisão de pronúncia, cabe recurso, nos termos do artigo 581, IV do Código de Processo Penal.



Quando, porém, não existem elementos mínimos de indícios de autoria, o juiz deve decidir pela impronúncia, nos moldes do artigo 414 do Código de Processo Penal. Essa decisão é interlocutória mista terminativa, mas não definitiva, tendo em vista que o processo será arquivado, porém, em havendo novas provas no futuro, outra ação penal poderá ser oferecida.

Nos casos de impronúncia, cabe recurso de apelação, como aduz o artigo 416 do Código de Processo Penal.

Já nos casos em que o juiz decide pela absolvição sumária, essa decisão tem caráter definitivo, adentra nos méritos da causa. Por conta disso, o magistrado só decide deste modo quando está completamente convencido da inexistência do fato ou da não autoria ou participação do acusado do fato, ou nos casos em que o fato não constitui infração penal ou restar provada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, nos termos do artigo 415 do Código de Processo Penal:

- I — provada a inexistência do fato;
- II — provado não ser ele autor ou participe do fato;
- III — o fato não constituir infração penal;
- IV — demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Quando o juiz entender, diversamente da acusação, que o crime praticado não está entre os crimes dolosos contra a vida, a sua decisão será de desclassificação, uma vez que, se o crime não está elencado no § 1º do art. 74 do Código de Processo Penal, o seu julgamento não compete ao Tribunal do Juri. Nesses casos, o juiz remeterá os autos ao juiz que seja competente, segundo o artigo 419 do mesmo Código.

O trânsito em julgado da decisão de pronúncia marca o início da segunda fase do Tribunal do Júri. Esta tem que durar, no máximo, seis meses.

Nesse momento, o juiz irá intimar a acusação e a defesa para que eles apresentem “requerimentos”. Por meio destes, acusação e defesa efetuam pedidos de diligência, arrolam testemunhas que pretendem que sejam ouvidas em plenário do júri e apresentam junta de documentos.

Os requerimentos da acusação e da defesa juntamente com os autos do processo são encaminhados ao juiz presidente que irá sanar eventuais nulidades existentes, esclarecer dúvidas sobre pontos relevantes para o julgamento da causa, fazer um relatório que resuma os fatos e atos processuais que tenham ocorrido até então e designar uma data para o julgamento em plenário.

O passo seguinte é o sorteio dos jurados. Toda comarca tem a sua “lista geral de nomes” em que há nomes de pessoas idôneas, honradas e corretas — indicadas por associações de classe, universidades, sindicatos, dentre outros órgãos. No momento do sorteio, o magistrado retira da urna geral vinte e cinco nomes e os insere em uma urna específica. Cada nome contido na urna específica será intimado para que compareça na data do julgamento, sob pena de responder criminalmente por desobediência e de multa proporcional às suas forças econômicas. Desses vinte e cinco selecionados, no mínimo quinze devem estar presentes para que se iniciem os trabalhos em plenário.

A acusação e a defesa podem, ainda, recusar até três jurados, cada uma, desmotivadamente (se a recusa for motivada, não há um limite de recusas).

O Conselho de Sentença é composto por sete jurados. Depois que se ele é formado, os jurados prestam compromisso, ocupam seus lugares e recebem cópias da pronúncia e do relatório a que fizemos menção anteriormente.

A audiência começa com os esclarecimentos do ofendido (se houver essa possibilidade), depois ocorre a oitiva das testemunhas (nessa fase do processo, são, no máximo, cinco testemunhas para a defesa e cinco para a acusação). No Brasil, o sistema da oitiva das testemunhas é o da inquirição direta ou “cross examination”, por conta disso, quem começa a inquirir as testemunhas é o juiz presidente e não as partes — como ocorre nos tribunais comuns — e, posteriormente, a palavra é passada para as partes. Os jurados poderão formular perguntas desde que seja através do magistrado e não de forma direta, já que o sistema adotado é o “presidencialista”.

Em havendo dúvidas quanto ao laudo pericial, é nesse momento que os peritos devem ser escutados. Depois há o reconhecimento de pessoas e coisas e o interrogatório. Este se dá de maneira diversa do interrogatório realizado na primeira fase do julgamento. Nesta, o sistema é presidencialista, enquanto que, aqui, as próprias partes formulam e fazem as perguntas de forma direta. O interrogatório começa com os questionamentos do magistrado que é seguido pelas perguntas da acusação e dos assistentes de acusação (se houver) e, por fim, a defesa tem vez.

O princípio constitucional do direito ao silêncio tem reflexos no Tribunal do Júri. O acusado pode negar-se a falar e seu silêncio não será interpretado em prejuízo de sua defesa.

Em seguida, iniciam-se os debates orais. Primeiro a palavra é da acusação, depois da defesa. Há, então, a réplica da acusação a que se segue a tréplica da defesa. Tudo que for alegado pela acusação, no debate, tem que ter sido apresentado na decisão de pronúncia, mas nem a acusação nem a defesa podem mencionar o conteúdo da decisão do magistrado ao fim da primeira fase do julgamento.

Encerrados os debates, o magistrado indagará aos jurados se possuem alguma dúvida a ser esclarecida, em não havendo dúvidas ou posteriormente aos esclarecimentos dessas, o juiz deve ler e explicar cada quesito aos jurados. Eles são, então, encaminhados para a sala secreta, onde é realizada a quesitação de maneira objetiva.

O artigo 483 do Código de Processo Penal apresenta a sequência lógica dos quesitos:

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I — a materialidade do fato;

II — a autoria ou participação;

III — se o acusado deve ser absolvido;

IV — se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V — se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I — causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II — circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.’ (NR)”

Encerrada a quesitação, cabe ao magistrado proferir a sentença, nos termos do artigo 492. Em caso de condenação, ele deve, ainda, fixar a pena-base, considerar as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, impor os aumentos ou diminuições da pena — observando as causas admitidas pelo júri — e estabelecer os efeitos da condenação. Por sua vez, nos

casos de absolvição, o juiz deve mandar que o acusado seja posto em liberdade, se este estava preso, revogar as medidas restritivas que provisoriamente haviam sido decretadas e impor medida de segurança cabível.

## **4. TRIBUNAL DO JÚRI EM PORTUGAL**

### **4.1. Tribunal do Júri nas constituições portuguesas**

Ao longo da história do Direito português, nota-se uma paulatina democratização dos meios de aplicação da lei, a aparição do Tribunal do Júri é reflexo disso. O instituto em análise nasceu fortemente relacionado com o crescimento de um ideal democrático no sistema judicial português. Antes, o país passou por uma longa fase em que o controle da justiça era de caráter estritamente judicial, hoje, o poder reside, também, nas mãos do povo.

O instituto do Tribunal do Júri surgiu, em Portugal, na Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, de 29 de abril de 1826<sup>7</sup>. Nos termos do artigo 118º do diploma em questão, o tribunal era composto por juizes togados e jurados leigos, a eles competia julgar crimes envolvendo matéria criminal e civil.

A Constituição Política da República Portuguesa de 1911<sup>8</sup> manteve o instituto em análise, no entanto, com alterações. O julgamento por Tribunal do Júri não era obrigatório, mas sim facultativo, se a matéria em causa fosse de Direito Civil ou de Direito Comercial. Se uma das partes, nesses casos, não requeresse a intervenção do

---

7. PORTUGAL. *Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa*, de 29 de abril de 1826.

8. PORTUGAL. *Constituição Política da República Portuguesa*, de 21 de agosto de 1911.

Tribunal do Júri, o mesmo não era competente para julgá-los. Em tendo o caso caráter criminal, o julgamento, necessariamente, deveria ser feito por Tribunal do Júri.

Com o advento da Constituição Política da República Portuguesa de 1933<sup>9</sup>, o instituto do Júri some do cenário judicial, para onde só retorna graças à Constituição da República Portuguesa de 1976<sup>10</sup> que, no artigo 216º/2, em sua versão original, dispõe que “O júri intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram”. As versões posteriores da Carta Magna trouxeram algumas variações substanciais referentes ao Júri. Os casos de terrorismo deixaram de ser de sua competência, na versão trazida pela Lei nº 1/89<sup>11</sup>. Com a última revisão constitucional, além dos crimes de terrorismo, os casos envolvendo criminalidade altamente organizada também deixaram de poder ser julgados por Tribunal do Júri, nos termos do artigo 207<sup>12</sup>.

#### **4.2. Da competência do Tribunal do Júri**

Nos sistemas em que o Júri adotado é o clássico, ou “Júri Puro” como é mais conhecido, estão presentes, em plenário, os juízes leigos e os juízes togados. No entanto, a competência para julgar o mérito das causas é exclusivamente dos jurados, restando aos magistrados o papel de presidir as sessões e a sentença a ser aplicada, sempre respeitando a vontade do Júri.

9. PORTUGAL. *Constituição Política da República Portuguesa*, de 22 de fevereiro de 1933.

10. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, de 10 de abril de 1976.

11. PORTUGAL. Lei nº 1/89, de 08 de julho de 1989. *Constituição da República Portuguesa*.

12. PORTUGAL. Lei nº 1/05, de 12 de agosto de 2005. *Constituição da República Portuguesa*.

Em Portugal, o modelo adotado é diferente, conhecido como “Júri Escabinado” consiste no sistema em que magistrados e cidadãos comuns decidem o veredicto e a sentença em colegiado.

O Júri é competente para julgar os crimes previstos no título III e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal Português<sup>13</sup>, os crimes contidos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário<sup>14</sup> e, ainda, os crimes que tenham pena máxima possível superior a oito anos de prisão, desde que não sejam da competência de algum tribunal singular.

Essa competência não é exclusiva do Tribunal do Júri. Os crimes elencados acima podem ser julgados por tribunais comuns, uma vez que a intervenção do Júri é facultativa e só se dá se houver interesse do arguido, do Ministério Público ou do assistente. Porém, é vedada a retratação, ou seja, uma vez designado o Júri para julgar a causa, não é permitido às partes que peçam a mudança para tribunais comuns.

#### **4.3. Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri em Portugal**

A partir da queixa ou da denúncia recebida pelo Ministério Público, cabe a ele dar início ao inquérito nos termos do artigo 262º do Código de Processo Penal Português<sup>15</sup>. Essa fase consiste na investigação da prá-

---

13. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982. *Código Penal*.

14. PORTUGAL. Lei nº 31/04, de 22 de julho de 2004. *Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário*.

15. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. *Código de Processo Penal*.



tica e dos agentes envolvidos em um crime por meio de diligências realizadas pelo Ministério Público ou pelos órgãos de polícia criminal. Ao fim do inquérito — exceto nos casos em que o Ministério Público decidir por arquivar o inquérito ou suspender provisoriamente o processo — tem início a fase do julgamento. Nela, serão produzidas e analisadas provas. Nesse momento, o Ministério Público deve decidir se levará o suspeito a julgamento, em havendo dúvida, prevalece o princípio “in dubio pro societati” e deve haver acusação.

A acusação é, então, notificada ao arguido e ao assistente (representante do ofendido). Quem vai oferecer acusação não é o Ministério Público, mas sim o assistente, nos termos do artigo 285º/1 do Código de Processo Penal.

Na sequência, dá-se a instrução. Esta consiste em uma audiência onde são expostas as diligências e há debates instrutórios por meio dos quais objetiva-se comprovar a decisão da acusação. O inquérito termina com o despacho de pronúncia ou com o despacho de não pronúncia.

Até aqui, os ritos processuais são os mesmos que seriam verificados em um processo que de competência de um tribunal “comum”. A partir desse momento, iniciam-se as particularidades do processo julgado por Tribunal do Júri.

Quando a atuação do Tribunal do Júri é requerida, o magistrado pede uma audiência pública, nela serão sorteados cem cidadãos a partir dos cadernos de recenseamento eleitorais.

Esses selecionados, então, serão notificados e dentro de cinco dias devem se apresentar para que

respondam a inquérito. O inquérito é o instrumento por meio do qual o magistrado elimina os selecionados que não reúnem os requisitos de capacidade para o exercício da função de jurado. Requisitos estes que estão elencados no artigo 3º Decreto-Lei nº 387-A/87<sup>16</sup>. As incompatibilidades, por sua vez, estão elencadas no artigo 4º do mesmo diploma legal.

Dos nomes restantes são sorteados dezoito, em audiência pública. Estes serão intimados novamente para, desta vez, responder perante ao juiz quanto a possíveis impedimentos ou causas de escusa. Estes estão previstos, respectivamente, nos artigos 5º e 6º do mesmo diploma de 1987.

O Direito português permite, ainda, que as partes realizem um exame dos nomes selecionados. O objetivo é que acusação ou defesa eliminem jurados que apresentem características que indiquem que a decisão tomada pelo mesmo será imparcial, enviesada em um ou outro sentido. A defesa e a acusação podem eliminar, cada uma, até dois nomes sem motivação alguma.

Por fim, teremos quatro cidadãos selecionados. A partir dessa formação do corpo de jurados, o presidente elabora acta identificando os nomes dos mesmos e notificando-os do dia e da hora em que será realizada a audiência.

Os jurados efetivos e os jurados suplentes devem, então, prestar juramento do cargo.

Segundo o artigo 1º/1 do Decreto-Lei nº 387-A/87, de 29 de Dezembro, Tribunal do Júri é com-

---

16. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 387-a/87, de 29 de dezembro de 1987. *Regime de Júri em Processo Penal.*

posto pelos quatro juízes leigos efetivos e mais quatro suplentes e por três juízes togados. Ao conjunto dos três magistrados dá-se o nome de “tribunal colectivo”.

Sob pena de nulidade, a audiência é pública, salvo nos casos em que o magistrado decida pela restrição da publicidade. Ela tem início quando, na data e hora marcadas para o julgamento, todos os chamados presentes adentrarem na sala e o presidente declarar aberta a audiência.

Os jurados leigos sentam-se ao lado dos magistrados, os sete formam o corpo de jurados.

Primeiro são ouvidas as declarações do arguido. Depois, o Ministério Público, o assistente e o lesado recebem a palavra e passam, então a apresentar todos os meios de prova. Na sequência, o arguido e seu advogado apresentam seus meios de prova.

Encerrados os debates orais, o juiz-presidente inquirirá o arguido se há algo a mais que ele tenha para alegar em sua defesa. Só depois de esgotadas todas as alegações do acusado, os quesitos serão encaminhados ao corpo de sentença para serem apreciados.

Os juízes e jurados se encaminharão, então, para a sala secreta. Lá, os quesitos serão votados oralmente. Primeiro votarão os juízes leigos, a posteriori votam os juízes togados, necessariamente, o último magistrado a votar deve ser o juiz-presidente.

Conjuntamente, todos os juízes decidem — por maioria simples — quanto à condenação ou absolvição do réu e, em caso de condenação, quanto à pena a ser aplicada. Os acórdãos finais proferidos pelo Tribunal do Júri podem ser alvos de recurso para o Su-

perior Tribunal de Justiça, desde que o recurso vise, somente, revisão de matéria de Direito.

## 5. GRELHA COMPARATIVA

	<b>BRASIL</b>	<b>PORTUGAL</b>
<b>SURGIMENTO</b>	Trazido pelo Decreto do Príncipe Regente D. Pedro I, em 1822	Trazido pela Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, de 29 de abril de 1826
<b>MODELO</b>	Puro	Escabinado
<b>DIPLOMA REGULADOR</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Código de Processo Penal	Código de Processo Penal e Decreto-Lei nº 387-A/87, de 29 de dezembro de 1987
<b>COMPETÊNCIA</b>	Exclusiva para julgar crimes dolosos contra a vida (artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal)	Facultativa para julgar crimes previstos no título III e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal; crimes contidos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário; crimes cuja pena máxima, aplicável, for superior a oito anos de prisão, desde que não devam ser julgados pelo tribunal singular (artigo 13º do Código de Processo Penal)
<b>COMPOSIÇÃO</b>	Sete jurados leigos	Quatro jurados leigos e três juizes togados
<b>VEREDICTO</b>	Determinado pelo Conselho de sentença	Determinado pelo Tribunal do Júri

	<b>BRASIL</b>	<b>PORTUGAL</b>
PENA A SER APLICADA	Determinada pelo magistrado	Determinada pelo Tribunal do Júri
RECURSO	Se a decisão contrariar manifestamente a prova dos autos	Se acusação ou defesa suscitar revisão de matéria de Direito

## 6. SÍNTESE COMPARATIVA

Após o estudo comparativo do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro e no ordenamento jurídico português, é possível concluir que apesar de terem nascido praticamente no mesmo período (no Brasil em 1822 e em Portugal em 1826), os institutos hoje em dia são tratados de maneira bastante distinta pelos cenários jurídicos brasileiro e português.

As diferenças começam pelos modelos adotados nos países. Enquanto o Brasil elegeu o Júri Puro, Portugal escolheu o Júri do tipo Escabinado. O que acarreta uma grande diferença procedimental, já que no Brasil os juízes leigos decidem o mérito da causa sem interferência alguma do magistrado e, em contrapartida, não interferem na dosimetria da pena. Em Portugal, por sua vez, juízes leigos e juízes togados decidem conjuntamente tanto sobre o mérito da causa quanto à pena que deve ser aplicada.

Dois dos pontos analisados denotam que o Brasil dá status jurídico mais elevado ao status conferido por Portugal ao instituto sob análise. No ordenamento brasileiro, o júri é disciplinado pela Constituição Federal que lhe dá competência exclusiva para julgar crimes dolosos contra a vida. Em Portugal a lei deixa a critério das partes eleger ou não o Júri para realizar o julga-

mento de uma causa. Além disso, no Brasil a decisão do Júri é soberana, só cabendo recurso se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos e, ainda assim, a consequência do recurso é a anulação do julgamento e a realização de um novo julgamento, mas novamente por Tribunal do Júri. Portanto, não é possível recorrer a outras instâncias. Em Portugal, ao contrário, o Tribunal do Júri é equiparado a tribunais de primeira instância, consequência disso é a possibilidade de recurso ao Superior Tribunal de Justiça.

Outro reflexo da adoção de modelos distintos do instituto reside na composição do Tribunal do Júri. Em Portugal este é composto por quatro jurados e por três juizes togados, diferente do Brasil que tem um conselho de sentença composto por sete jurados.

Quanto à decisão, mais diferenças. No Júri brasileiro, os jurados decidem apenas pela condenação ou absolvição, quando a primeira é escolhida, o papel de determinar a sanção do condenado do juiz-presidente. Em Portugal, todas as decisões são tomadas em colegiado.

## **7. CONCLUSÃO**

Por meio do presente trabalho, foi possível concluir que o Júri foi adotado no Brasil e em Portugal no mesmo contexto histórico, de expansão dos ideais democráticos e crescente entrega de poder decisório às populações, tanto que, no Brasil, o instituto nasceu no ano da independência do país.

A íntima relação do Tribunal do Júri com as ideias democráticas é notada nos diferentes tratamentos que as constituições destinaram ao instituto ao longo da história. Nota-se que quanto maior o

caráter democrático das cartas constitucionais, mais importância é dada ao Júri.

Portanto, o objectivo do Júri, nos dois ordenamentos, é atender à princípios democráticos. Não se pode perder de vista, que atender a esses princípios pode significar a violação de outros princípios, como o da publicidade — trazido pelo artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal vigente no Brasil. Esse constante conflito entre princípios que, hora conduzem a uma valorização do instituto do Júri Popular, outrora conduzem a uma retracção das competências conferidas ao mesmo, resultam no que foi exposto referente aos dois modelos de Tribunal do Júri.

O fato de o Brasil destinar a esse Tribunal competência exclusiva para julgar os crimes dolosos contra a vida, enquanto Portugal torna facultativa a intervenção do Júri nos casos anteriormente elencados, tornou nítido que o Brasil confere ao Júri status jurídico mais elevado do que Portugal confere ao mesmo instituto. Em contrapartida, os jurados em Portugal interferem na dosimetria da pena, o que não ocorre no Brasil.

Através de propostas diferentes, esses dois ordenamentos jurídicos que têm suas bases sedimentadas na democracia, destinam poder de decidir os rumos de casos judiciais de alta gravidade aos cidadãos. Por meio de procedimentos distintos, alcançam o mesmo objectivo, o de democratizar a justiça.

## 8. REFERÊNCIAS

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. *Origem, história, principiologia e competência do Tribunal do Júri*. JurisWay, Belo Horizonte, abr. 2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3851](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3851)>.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967.
- BRASIL. Diário Oficial da União. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.
- JÓLLUSKIN, Glória. *O Tribunal do Júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia*. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa.
- NASSIF, Aramis. *O Júri Objetivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PORTUGAL. *Carta Constitucional da Monarchia Portuguesa*, de 29 de abril de 1826.
- PORTUGAL. *Constituição Política da República Portuguesa*, de 21 de agosto de 1911.
- PORTUGAL. *Constituição Política da República Portuguesa*, de 22 de fevereiro de 1933.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, de 10 de abril de 1976.
- PORTUGAL. Lei nº 1/89, de 08 de julho de 1989. *Constituição da República Portuguesa*.
- PORTUGAL. Lei nº 1/05, de 12 de agosto de 2005. *Constituição da República Portuguesa*.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982. *Código Penal*.



PORTUGAL. Lei nº 31/04, de 22 de julho de 2004. *Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário*.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº78/87, de 17 de fevereiro de 1987. *Código de Processo Penal*.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 387-a/87, de 29 de dezembro de 1987. *Regime de Júri em Processo Penal*.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. Edição revista, ampliada e atualizada à luz das leis 11.689/08 e lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado e Comentado: Estrutura fundamental do processo penal*. Disponível em: <[http://octalberto.no.sapo.pt/estrutura\\_fundamental\\_do\\_processo\\_penal.htm](http://octalberto.no.sapo.pt/estrutura_fundamental_do_processo_penal.htm)>.



# Capítulo II

## Aplicabilidade do Negócio Jurídico Processual ao Processo Administrativo: é possível?

**Emilena Rúbia de Melo Porto Alves**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# Aplicabilidade do Negócio Jurídico Processual ao Processo Administrativo: é possível?

**Resumo:** O presente trabalho visa pesquisar a possibilidade da aplicação do negócio jurídico processual às relações jurídicas estabelecidas no Processo Administrativo. O negócio jurídico processual é instituto do Direito Processual, constante do Novo Código de Processo Civil de 2015. Diante de um Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo contemporâneo, que busca eficiência no atendimento aos administrados e na defesa do interesse público, poderia ou não, utilizar-se deste instrumento? Este é o questionamento que este artigo objetiva responder.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Processo Administrativo. Negócio Jurídico Processual. Novo CPC. Aplicabilidade.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Conceitos: 2.1. Negócio Jurídico; 2.2. Negócio Jurídico Processual; 2.3. Processo Administrativo; 2.3.1. Princípio da Legalidade; 2.3.2. Princípio da Cooperação; 2.3.3. Princípio da Publicidade; 2.3.4. Princípio Devido Processo Legal; 2.3.5. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório; 2.3.6. Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade; 2.3.7. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil — 3. Proces-

so Administrativo e Aplicabilidade do Negócio Jurídico Processual — 4. Conclusão — 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva responder à questão levantada neste momento de nascimento do novo Código de Processo Civil, o código de 2015, no ordenamento jurídico brasileiro. “É possível a Aplicabilidade do Negócio Jurídico Processual ao Processo Administrativo?”

O tema é novo, por isso buscou-se, ao longo deste artigo, conceituar os institutos que envolvem tal questão e em seguida analisar, a partir do posicionamento doutrinário, se ao processo administrativo poderia ser aplicado o negócio jurídico processual.

Iniciou-se pelo conceito de negócio jurídico tratado pela Teoria Geral do Direito, mais especificamente abordado pela Teoria do Fato Jurídico que oferece as primeiras noções sobre tal instituto.

Em seguida, tratou-se de elucidar o conceito do negócio jurídico processual. Para tanto, a doutrina processualista foi consultada para que tal conceito pudesse ser esclarecido com maior segurança. Observou-se que parte da doutrina discorda da existência deste instituto, mas, neste trabalho, adere-se à parcela da doutrina que entende, sim, existir o negócio jurídico processual. Ao longo da leitura serão apresentados tais entendimentos e suas fundamentações.

Considerando o Estado Democrático de Direito, como é o Estado brasileiro, e após a Constituição Federal de 1988, os princípios são as normas norte-

adoras da conduta do cidadão e também da Administração Pública. Desta maneira, foi realizada uma breve abordagem de alguns dos principais princípios constitucionais que devem fundamentar as decisões, sejam elas advindas de um processo judicial ou do processo administrativo.

Além disso, foi abordado neste artigo sobre o processo administrativo e como o Estado, como parte neste processo, assume o seu papel diante da sociedade e dos administrados com os quais estabelece a relação jurídica que será objeto do negócio jurídico processual nesta seara.

O entendimento doutrinário sobre o tema também é colocado ao longo do trabalho. É importante mencionar que após realizada pesquisa jurisprudencial, tal entendimento sobre o tema é inexistente, considerando que este começará a ser abordado com maior evidência a partir da vigência do novo CPC, em março de 2016, para só então, se conhecer como tal entendimento será formado.

Ao final, buscou-se apresentar, após toda a pesquisa doutrinária realizada, um entendimento sobre a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual ao processo administrativo.

Porém, é pertinente registrar que, em sendo um momento de grandes expectativas no ordenamento jurídico brasileiro, com a futura entrada em vigência do novo Código de Processo Civil no ano de 2016, este tema ganhará novas nuances de entendimento, devendo-se guardar a devida compreensão das conclusões deste artigo, pois somente num futuro próximo haverão melhores condições de apresentação de

entendimentos a partir de situações concretas vivenciadas no ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente, na Administração Pública.

## 2. CONCEITOS

### 2.1. Processo

Seguindo o entendimento doutrinário tem-se que qualquer que seja o processo, seja judicial, legislativo ou administrativo, e “sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, processo é o método de produção de normas jurídicas.” (DIDIER JR, 2015, p. 30)

O processo tem o poder de criar normas, sejam elas normas advindas de um processo judicial; normas gerais e abstratas oriundas do processo legislativo; ou ainda normas gerais e individualizadas criadas no processo administrativo, exercido no âmbito da Administração Pública.

Para o professor Antônio Adonias Aguiar Bastos processo:

“Trata-se do conjunto de atos processuais voltados a regular o exercício da função jurisdicional, que, ao serem praticados, estabelecem diversas relações jurídicas entre os sujeitos processuais, que tradicionalmente são aglutinadas e estudadas como uma só realidade, a relação jurídica processual.” (2013, p. 43)

Fredie Didier Júnior entende que “o processo é um método de exercício da jurisdição” (2015, p. 30). Sendo utilizado como um método de controle do exercício do poder ele se presta a instrumentalizar o direito material, ou seja, “cabe ao processo a realização dos projetos do direito material.” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 39).



Desta forma, pode-se considerar o processo como um conjunto de atos processuais que permitem ao juiz exercer a jurisdição (no processo judicial) que é a manifestação do poder do Estado, para atender a concretização do direito material. Considerando o processo administrativo, teremos, neste caso, o Estado sendo representado pela Administração Pública, e, através dela, esses mesmos atos processuais serão produzidos, com a diferença que, ao final do processo administrativo, a decisão não será imuntável, ela poderá passar pelo crivo do judiciário.

## 2.2. Negócio Jurídico

Este instituto é espécie que pertence ao gênero dos fatos jurídicos *lato sensu*. É qualificado como ato fruto da manifestação ou declaração de vontade, ou ainda, ato de autonomia privada, tendo na vontade humana a característica relevante de tal instituo.

A autonomia privada é identificada, em regra, pela autorregulação ou autodeterminação dos interesses, onde há o exercício do poder criador do direito, ou seja, as partes criam relações jurídicas, essas relações sofrem a incidência da norma jurídica, e então tais relações produzem efeitos jurídicos. Desta maneira, “se a norma jurídica imputa a um fato jurídico determinado efeito, nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, modificá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo.” (MELLO, 2011, p. 208)

Segundo Marcos Bernardo de Mello (2011, p. 225):

“Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em *manifestação ou declaração consciente de vontade*, em relação à qual

o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.”

Para Bernardo da Silva Lima (2010, p. 117) “no negócio jurídico, a vontade do sujeito ganha um alto relevo em virtude da possibilidade da alteração da situação jurídica, resultado da aplicação da vontade em si”, trazendo mais uma vez a conformação do quanto é relevante a manifestação de vontade dos sujeitos para que o negócio jurídico se estabeleça.

Ainda de acordo com a teoria geral do direito para o negócio jurídico tornar-se válido é necessário o atendimento de requisitos legais dispostos no Código Civil em seu art. 104: “A validade do negócio jurídico requer: I — agente capaz; II — objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III — forma prescrita ou não defesa em lei.”

É importante mencionar que no tocante à autonomia privada, para que esta possa ser expressa há que se respeitar limites e tais limites são impostos pela própria lei, pois “a ninguém é dado realizar um negócio jurídico que seja proibido ou que não seja permitido.” (MELLO, 2011, p. 224). O Código Civil traz expressamente alguns desses limites.

Além disso, ainda que esteja presente e seja essencial a manifestação de vontade, com a liberdade de estipulação e de celebração em um negócio jurídico, e atendidos os requisitos de validade, os efeitos de tais negócios são estabelecidos pela Lei.

Nesta hipótese, tem-se o negócio jurídico *típico*, em que a legislação fixará os parâmetros para que a relação jurídica se concretize.

O novo Código de Processo Civil (2015) traz ao longo de seu texto inúmeras possibilidades *típicas* de negócios jurídicos, no âmbito do processo judicial, como por exemplo:

- a eleição negocial de foro (art. 63, CPC);
- o calendário processual (art. 191, CPC);
- as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação (art. 168, CPC);
- a renúncia ao prazo (art. 225, CPC);
- o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC);
- a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, § 6º, CPCP);
- o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC);
- o saneamento consensual (art. 357, § 2º, CPC);
- a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC);
- a escolha consensual do perito (art. 471, CPC);
- desistência da execução ou de medida executiva (art. 775, CPC);
- a desistência do recurso (art. 998, CPC);
- a renúncia ao recurso (art. 999, CPC);
- a aceitação da decisão (art. 1.000, CPC) e etc.

Um exemplo significativo de negócio jurídico processual é o instituto da arbitragem. Com a Lei 9703/1996<sup>1</sup> o processo arbitral tomou impulso expressivo no ordenamento jurídico pátrio, sendo utilizado tanto na seara do direito privado, quanto aceito e praticado no âmbito do processo administrativo (como será abordado posteriormente neste trabalho), o que configura a força que tem o poder geral de negociação.

Bernardo Lima em texto em homenagem ao Professor Calmon de Passos escreve sobre tal instituto:

“Desde 1996, com a publicação da Lei 9307/96, a arbitragem no Brasil ganhou novo *status*. A principal mudança no tratamento do instituto, à época, seguiu o modelo proposto em 1985 pela UNCITRAL, de modo a conferir à decisão proferida pelo árbitro efeitos equiparáveis à sentença proferida pela jurisdição do Estado brasileiro (Art. 31, Lei 9703/96). (LIMA, 2012, p. 115-123).

Além dos negócios jurídicos *típicos* pode-se falar também do negócios jurídicos *atípicos*. Nesta hipótese, as próprias partes convencionam entre si como serão estabelecidas as cláusulas desse negócio, sem a necessidade da participação do Estado (Poder Judiciário), este apenas interfere nos casos de nulidade ou abuso nos contratos de adesão onde ocorra vulnerabilidade de uma das partes.

O artigo 190 do novo CPC apresenta a seguinte redação:

“Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente ca-

---

1 Alterada pela nova Lei de Arbitragem 13.129 de 26 de maio de 2015.

pazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Tal disposição caracteriza o poder geral de negociação que envolve não apenas as partes, mas, quando em juízo, também o juiz, permitindo à todos os participantes do processo uma maior flexibilidade para resolução das demandas e, de fato, obter a resolução dos conflitos.

### **2.2.1. *Negócio Jurídico Processual***

Neste trabalho parte-se do pressuposto da existência dos negócios jurídicos processuais defendida por doutrinadores como Bernardo Lima que entende que o “negócio jurídico processual é o ato jurídico que gera efeitos dentro do processo, que trata do direito processual nele discutido...”(2010, p. 118), utiliza com exemplo de negócio jurídico processual a Ata de Audiência de Conciliação, documento comumente elaborado nas audiências dos juizados especiais cíveis e do consumidor, onde as partes dispõem sobre os meios que serão utilizados para realizar o pagamento das prestações devidas, ou ainda o pagamento ou não dos honorários advocatícios e custas.

Fredie Didier Júnior, processualista que participou de toda elaboração do novo CPC, também comunga do entendimento da existência dos negócios jurídicos processuais e o define como sendo:

“o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há

escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação.” (2013, p. 59-60)

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart entendem que há negócio jurídico processual ao afirmarem em sua obra “Outra causa de suspensão do processo é a convenção entre as partes. Negócio Jurídico Processual que é, determina, dentro dos limites legais, a paralização do processo...” (2010, p.196)

Leonardo Carneiro da Cunha<sup>2</sup> confere aos negócios jurídicos processuais uma importância fundamental na flexibilização de um processo que promoverá, para todos os envolvidos, uma maior efetividade tanto do direito material em questão quanto do direito processual:

“O Novo CPC é fundado na concepção de uma democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções ou os negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido a análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficácia processual, reforçando o *devido processo legal*, na medida em que permitem que haja uma maior adequação do processo à realidade do caso.”

Assim, seguindo o entendimento doutrinário acima transcrito, este artigo segue com os princípios cons-

---

<sup>2</sup> Artigo: *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. Texto preparado pelo autor para ser apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual Civil e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro.

titucionais que permeiam tanto a seara processual quanto administrativista, e considerando a existência dos negócios jurídicos processuais.

### **2.3. Princípios do Processo Civil e do Processo Administrativo**

Neste tópico optou-se por apresentar com brevidade alguns dos princípios que estão presentes quando da ocorrência de processos administrativos e judiciais, mas é importante frisar que existem outros tantos que também devem ser considerados quando tratar-se de tais decisões.

#### **2.3.1. Princípio da Legalidade**

O Princípio da Legalidade é o princípio basilar da Administração Pública. O administrador, ou agente em seu lugar, não pode agir senão em razão de lei que o permita, não se pode valer de sua vontade pessoal para agir.

Tal princípio é considerado como específico do Estado de Direito, tem como raiz a soberania popular, opondo-se a todas as formas de poder autoritário.

A Lei é o limite de atuação de toda sociedade e também do próprio Estado. Ela está presente tanto para garantir as liberdades individuais, como também para manter o controle sobre a própria administração, não lhe permitindo invadir, de forma desmedida, a esfera de direitos dos administrados.

#### **2.3.2. Princípio da Cooperação**

O artigo 6º do novo CPC traz expressamente em sua redação este princípio: “Todos os sujeitos do pro-

cesso devem colaborar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Um processo cooperativo permite que as partes exerçam a liberdade própria de cada uma delas, contribuindo com a harmonia do processo e também permite que o juiz, ou, no caso do processo administrativo, que a Administração Pública, representada por seus agentes, exercite o poder do Estado que a Constituição lhe confere, chegando ao resultado final almejado pelas partes e pela própria administração.

### **2.3.3. Princípio da Publicidade**

O *caput* do art 37 da Constituição Federal traz expressamente este princípio: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência...”. Dessa forma, cabe a Administração Pública o dever de proceder respeitando o princípio da publicidade diante da produção de seus atos, devendo informar aos administrados todos os seus atos diante de um possível processo administrativo, por exemplo.

### **2.3.4. Princípio Devido Processo Legal**

A Constituição Federal no seu art 5º, LIV prevê “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Daí se extrai que no ordenamento jurídico brasileiro ninguém será privado de acesso à justiça, ou seja, todos terão direito a um processo justo.



E no processo judicial e administrativo não é diferente, ainda que o processo administrativo não tenha sua decisão final imutável, ainda assim, O Estado está obrigado a respeitar todas as normas legais que o regulam.

### ***2.3.5. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório***

Optou-se por abordá-los num mesmo tópico por entender que o princípio da ampla defesa qualifica o princípio do contraditório, estando ambos dispostos expressamente na Constituição Federal no mesmo inciso LV, do art 5º.

Entende a doutrina que não há contraditório sem ampla defesa, compreendendo que o contraditório é o instrumento de atuação da ampla defesa, sendo essa realizada através daquele.

### ***2.3.6. Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade***

Com tais princípios pretende-se deixar claro que condutas desarrazoadas ou ilegítimas não serão aceitas ou toleradas pela sociedade. O fato de haver a possibilidade da lei permitir alguma discricionariedade dos agentes públicos, sejam eles administradores ou mesmo juizes, não lhes permite atitudes desproporcionais em que não se tenha coerência, sensatez e prudência ao decidir.

Dessa forma, tais princípios devem também reger as decisões em relação aos processos judiciais e administrativos para que não ocorram abusos nem condutas desarrazoadas pelos agentes públicos.

### **2.3.7. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil<sup>3</sup>**

Trata-se de princípio que deve ser considerado, nesta fase em que o novo CPC está nascendo, como norma fundamental assim como os demais princípios clássicos do processo civil e também do processo administrativo postos na Constituição.

Segundo o professor Fredie Didier Jr. caberá aos operadores do direito “a tarefa de efetivar e concretizar esse princípio.”

O Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil é princípio implícito, traduzido-se pelo direito que todos os indivíduos têm de realizar as melhores escolhas para sua existência, tais escolhas passam pelo plano jurídico e social e ocupa um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, o direito fundamental à liberdade (art 5º, CF/88).

Ainda de acordo com o entendimento do professor Fredie Didier Jr.<sup>4</sup>:

“pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) a zona de negociação (zona de negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar

3 Artigo: Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>.

4 *Ibidem* p. 9.

novos modelos negócios atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio; d) liberdade de vinculação (liberdade de celebrar ou não o negócio)”

Essa classificação doutrinária permite que no processo as partes tenham a sua vontade aceita e respeitada, sem imposições que caracterizam a subsunção do fato à norma, amplia o horizonte de negociação entre as partes, estabelecendo um ambiente processual mais harmônico e com efeitos no plano da vida real, de fato, mais concretos e atendendo aos interesses de todos.

Como vimos anteriormente, o artigo 190 do novo CPC dispõe sobre a possibilidade da autocomposição entre as partes que compõem o processo, permitindo estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades de causa. Este posicionamento legislativo reafirma a força que tem o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

### **3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A APLICABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**

A formação do Estado brasileiro é fruto de uma evolução histórica que, assim como outros tantos Estados soberanos, passou pela fase de Estado Liberal, onde pouca intervenção o Estado fazia na vida dos particulares, para um Estado Social mais interventor, mais participante.

Com o passar do tempo e da evolução natural das sociedades, transformações sociais, econômicas e políticas impuseram a necessidade de um Estado mais

interventor e, dessa maneira, as relações estabelecidas entre Estado e particulares sofreram mudanças.

As ingerências do Poder Público sobre a sociedade precisava ser alterada, e o processo administrativo também precisou implementar mudanças. O poder de império próprio de uma Administração onde a autoridade se impunha à sociedade, precisava ser revisto e flexibilizado.

No processo administrativo, diferentemente do processo judicial, há o estabelecimento de uma relação bilateral, onde o Estado é tanto parte quanto juiz, e a outra parte seria o particular ou o servidor público. E assim como nos demais âmbitos do processo (jurisdicional, legislativo), também no processo administrativo, o negócio jurídico estabelecido entre administrados/servidores e Administração Pública está adstrito aos efeitos jurídicos estabelecidos na lei.

Neste processo não há uma sistematização uniforme como há no processo judicial, não havendo assim uma rigidez absoluta no desencadear de seus atos. Mas há que ser orientado pelos “princípios e normas jurídicas para que seja possível a sua conclusão dentro das regras gerais do direito”. (CARVALHO, 2015, p. 1007).

Tem-se expresso na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 170 *caput* e 174 disposições que traduzem o papel assumido pelo Poder Público como coparticipante e promotor de variadas formas de iniciativa tanto no campo econômico como social, exigindo dos particulares o ajustamento de condutas.

O artigo 174 da CF/88 dispõe textualmente: “Como agente regulador normativo e regulador da ati-

vidade econômica, o **Estado** exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

No âmbito infraconstitucional a Lei 9.784/1999 buscou, na esfera federal, estabelecer normas básicas necessárias para o bom desenvolvimento do processo administrativo, sempre observando os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, do devido processo legal, segurança jurídica, publicidade, motivação e outros. Essa lei disciplina direitos e deveres dos administrados, além de promover um melhor cumprimento dos fins a que se propõe a Administração Pública, ou seja, o interesse público deve ser objetivo da administração.

Carlos Ary Sundfeld tratou de definir o que é uma lei geral de procedimento administrativo como uma lei que (2006, p. 18):

“trata de um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem, à Administração, suas defesas, impugnações recursais, e, mais amplamente, peticionarem com suas reivindicações, denúncias, críticas, e daí por diante.”

Seguindo adiante, tem-se como entendimento de José dos Santos Carvalho Filho para quem o processo administrativo é “o instrumento que formaliza a se-

quência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração.” (2015, p. 1008).

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o processo administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo (2014, p. 499).

Para o professor Dirley da Cunha Jr. processo administrativo: “é um conjunto de atos coordenados e interdependentes necessários a produzir um ato ou uma decisão final concernente ao desempenho de alguma função ou atividade administrativa, independentemente de solucionar controvérsias ou não (2014, p. 533).

Em seu artigo “Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro”, Leonardo Carneiro da Cunha<sup>5</sup> cita Marcos Bernardo de Mello: “há, no campo do direito público, além dos atos jurídicos no sentido estrito, também os negócios jurídicos de direito administrativo, de direito constitucional, de direito internacional, de direito social e de direito processual.”

O processo administrativo poderá ser deflagrado por provocação da parte interessada, podendo ser um administrado ou um servidor público (no caso de um processo administrativo disciplinar), e como visto, também poderá ser deflagrado de ofício pela própria Administração Pública quando algum evento ocorrer que justifique sua atuação.

Em ambas as situações o elemento ‘vontade’ está presente configurando assim o requisito essencial do

---

5 Op cit., p. 7.

negócio jurídico processual que é a manifestação de vontade para que uma determinada relação jurídica se estabeleça.

Deve-se também mencionar sobre a classificação no processo administrativo. Ele é classificado pela doutrina em não litigioso e litigioso. Os processos administrativos não litigiosos são os inquéritos policiais e civis e a sindicância administrativa (etapa prévia à instauração de um processo administrativo disciplinar). Eles têm em sua essência a apuração de fatos, traz consigo a ideia inquisitorial, não há aqui o exercício dos princípios da ampla defesa ou contraditório, pois não se está a acusar ou investigar dados sigilosos das partes.

Quanto aos processos administrativos litigiosos, diferente dos processos não litigiosos, existe um conflito de interesses instalado entre o Estado e o administrado. Assemelha-se ao processo judicial, mas diferente deste, pois, ao final do processo administrativo não há decisão imutável, uma decisão na via administrativa está sempre passível de revisão pelo poder judiciário.

Vê-se comumente estas situações nos processos que envolvem a Administração Pública nos conflitos de natureza tributária e previdenciária. Primeiro busca-se a via administrativa, e após percorrer todas as instâncias administrativas e aqui, sim, com o exercício do contraditório e da ampla defesa, em não havendo solução satisfatória às partes, a via judicial é acionada.

Como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello em relação a atuação da Administração Pública quando da necessidade de instauração de um processo administrativo (2014, p. 503):

“Posto que o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, para que se produza uma decisão final cumpre que a Administração haja sido provocada por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação, este evento terá que ser verificado, sopesado e avaliadas as medidas cabíveis diante dele. Tudo isso supõe um conjunto de providências a serem documentadas e implicará, com grande frequência, sejam ouvidos os interessados, analisadas as razões postas em cotejo, apurados os fatos, consultados órgãos técnicos e expedidas considerações administrativas.”

A tese de doutoramento de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira<sup>6</sup>, que teve como orientador o professor Fredie Didier, apresenta em seu texto uma idéia interessante que ressaça o entendimento doutrinário de que para existir negócio jurídico processual necessariamente haveria de ter intervenção ou intermediação judicial para que este produzisse efeitos.

Ele entende, como exemplo típico de negócio jurídico processual unilateral, a desistência de recurso, ou seja, tal conduta pela parte vencida já produziria o efeito do trânsito em julgado de imediato à decisão recorrida, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação.

“Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe

---

6 *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais*. Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito. Orientada pelo Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Salvador, 2011.



inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem, é porque está evidente o reconhecimento do poder de autorregramento da vontade no processo.” (NOGUEIRA, 2011, p. 140)

Considerando ainda o Estado Democrático de Direito, é relevante trazer a tona a idéia do consenso na Administração Pública. O consensualismo é mais um instrumento que deve ser utilizado pela Administração Pública que tem o dever de satisfazer seus administrados, assim também, como satisfazer o interesse público. Segundo a professora Shirlei Silmara de Freitas Mello<sup>7</sup>:

“O recurso à consensualidade permite uma administração mais flexível, e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, conforme os ditames do Estado Democrático de Direito que não vê apenas no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos e um parceiro da Administração, e que, por isso, o inclui na atividade administrativa como corresponsável.”

Somado a esses posicionamentos e idéias, é importante retomar aqui o entendimento doutrinário sobre o procedimento arbitral, já mencionado anteriormente.

Assim como no direito privado, no processo administrativo a arbitragem apresenta-se como uma das alternativas aceitas e utilizadas pela Administração Pública como meio para dirimir conflitos envolvendo particulares, e mesmo servidores, visando uma solução célere das controvérsias.

7 Artigo: A lógica do consenso na administração pública em face do paradigma do resultado. <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585)>.

Mais um vez aborda-se a questão do interesse público e também da (in)disponibilidade dos recursos públicos para que a Administração Pública possa participar de uma arbitragem.

A doutrina mais moderna aceita esta possibilidade, veja-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1036):

“...a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominantemente o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. É o caso, por exemplo, da cláusulas financeiras e contratos celebrados pela Administração, seja privados, sejam administrativos.”

Sabe-se que o novo Código de Processo Civil é estruturado para estimular a autocomposição, ele traz em seus artigos 165 a 175 as regras que regulam a mediação e a conciliação, e, mesmo antes de dar seguimento a um processo judicial, há que se buscar a via da autocomposição, sendo o processo administrativo considerado uma alternativa à via judicial.

Além dessa disposição, o novo CPC em seu artigo 3º § 2º disciplina que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Todas essas considerações permitem observar que, ainda que o processo administrativo trate de relações desenvolvidas no âmbito da Administração Pública, ou seja, que tais relações pertençam à seara do Direito Público, ainda assim, há margem para manifestação de vontade das partes (administrados ou servidores).

O fato de envolver o exercício de uma função pública não impede que uma negociação seja efetivada,

apenas haverá uma maior regulação (princípio da legalidade) e o objeto dessa negociação poderá ser mais restrito, o que não aconteceria, por exemplo, na seara do direito privado.

Quando os sujeitos dessa relação têm a possibilidade de trazer ao processo administrativo todos os motivos, os fatores, as evidências a serem documentadas, os testemunhos e perícias técnicas, eles estão exercendo princípios fundamentais do processo como a ampla defesa e o contraditório, permitindo assim que a Administração Pública possa chegar a decisão final atendendo ao princípio do devido processo legal.

Associando esses fatos aos princípios que regem a Administração Pública, além das atuais circunstâncias sociais e jurídicas pelas quais a sociedade brasileira passa, com um judiciário assoberbado de demandas, tudo isto favorece o entendimento de que o negócio jurídico processual poderia ser aplicado ao processo administrativo.

Considerando ainda que o fim do processo administrativo num contexto de modernidade é promover os interesses dos administrados e ter uma atuação administrativa com o fim de atender aos interesses públicos, a aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais nesta seara do direito seriam perfeitamente possível, trazendo, inclusive, maior efetividade à proposta do processo administrativo.

#### **4. CONCLUSÃO**

Assim, ainda que o estudo do tema sobre a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual ao processo administrativo não apresente jurispru-

dência, afinal o novo CPC só entrará em vigor em março de 2016 e só a partir desse momento a comunidade jurídica poderá oferecer um entendimento jurisprudencial à sociedade, ainda assim, por todo o exposto e pesquisado, o entendimento doutrinário confere fundamentos jurídicos plausíveis por entender ser possível tal aplicabilidade.

O objetivo final quando da instalação de um processo administrativo é a satisfação dos interesses dos administrados e também da Administração Pública enquanto guardiã dos interesses públicos. Para o alcance desses objetivos há que se respeitar os princípios que norteiam os atos da administração pública, quais sejam: princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, o devido processo legal, segurança jurídica, dentre outros.

Observou-se que nada impede que a Administração Pública realize negociações com seus administrados e servidores quando lhes confere um processo administrativo permeado por tais princípios e observados os limites impostos pela Lei.

O instituto da arbitragem também deve ser considerado como uma alternativa à resolução de conflitos contratuais no âmbito da Administração Pública, evidenciando ainda mais a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual nesta seara.

A consensualidade é outro instrumento a ser utilizado no Direito Administrativo moderno, sempre objetivando a promoção do Estado Democrático de Direito que permite que todos, cidadãos e Administração Pública, possam participar de um processo

administrativo contribuindo, cada um, com aquelas informações que julgam pertinentes ao processo.

A busca por uma prestação jurisdicional célere e efetiva, além da implementação de um processo flexível, novidades trazidas pelo novo CPC, poderia estende-se ao processo administrativo.

A utilização do negócio jurídico processual pela Administração Pública, promoverá atos administrativos que ofereçam, além de celeridade na tramitação de seus feitos, um processo administrativo que respeite o cidadão, atendendo aos princípios da dignidade da pessoa humana e também ao princípio da liberdade, princípios esses que estão expressos na Constituição Federal de 1988 e caracterizam-se por serem Princípios Fundamentais que constituem o Estado Democrático de Direito.

## 5. REFERÊNCIAS

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. KLIPPEL, Rodrigo. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, Vol. único.

BRASIL. *Lei 13.105/2015*, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre as normas de processo civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei 9784/1999*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10270224/Negócios\\_Jurídicos\\_Processuais\\_noProcesso\\_Civil\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/10270224/Negócios_Jurídicos_Processuais_noProcesso_Civil_Brasileiro)>. Texto preparado pelo autor para ser apresentado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual Civil e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, vol.1.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Bernardo da Silva. Sobre o Negócio Jurídico Processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; EHRHART, Marcos; (Orgs). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123.

- \_\_\_\_\_. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar (Orgs.) *O Projeto do Novo Código de Processo Civil — Estudos em Homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. 2ª Série. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 165-185.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Curso de Processo Civil vol. 2. 8. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Marcos Bernardo. *Teoria do Fato Jurídico — Plano de Existência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Shirlei de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A lógica do consenso na administração pública em face do paradigma do resultado*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585)>. Acesso em: 26 de junho de 2015.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais*. Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito. Orientada pelo Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Salvador, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ary. *As Leis de Processo Administrativo — Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.





# Capítulo III

Aplicação dos princípios da  
razoabilidade e proporcionalidade  
(na desapropriação) pela  
Administração Pública: uma  
análise do neoconstitucionalismo  
no direito administrativo  
brasileiro e nos seus princípios

**Milaila Bezerra de Almeida**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
E-mail: milailalmeida@hotmail.com



# Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (na desapropriação) pela Administração Pública: uma análise do neoconstitucionalismo no direito administrativo brasileiro e nos seus princípios

**Resumo:** O presente trabalho tem como principal escopo a apresentação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, associando os respectivos conceitos ao ato desapropriatório praticado pela Administração Pública, perpassando pelas nuances do interesse público x interesse individual, inclusive trazendo nuances acerca da soberania do interesse público.

A pesquisa ora ventilada busca demonstrar os pontos mais importantes acerca deste tema, com enfoque, ainda, no Neoconstitucionalismo vivenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e principalmente o Direito Administrativo, bem como o comportamento da Administração Pública diante da desapropriação confrontando com o Direito Administrativo de modo geral, os princípios norteadores desse ramo do Direito especificamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

**Palavras-chave:** Desapropriação. Administração Pública. Razoabilidade. Proporcionalidade. Interesse. Público. Particular. Soberania. Neoconstitucionalismo.

**Sumário:** 1. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade: 1.1. Jurisprudência do STF — 2. Desapropriação: 2.1. Utilização dos princípios nos atos de desapropriação; 2.2. Supremacia do interesse público x interesse privado; 2.4. Princípio da proporcionalidade e o ato expropriatório — 3. Neoconstitucionalismo: 3.1. Análise do neoconstitucionalismo nos princípios do direito administrativo — 4. Conclusão — 5. Referências.

## 1. PRINCIPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Durante diversos momentos esses princípios se confundem como tendo o mesmo conceito, ou ao menos, tem-se encontrado doutrinadores defendendo a similitude entre esses dois institutos.

Para Luís Virgílio Afonso da Silva<sup>1</sup>:

A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, (...), mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo. Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germã-

1 SILVA, Luís Virgílio Afonso Da. *O Proporcional e o Razoável*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Revista dos Tribunais, 798 (2002). p. 23-50. Acesso em: 11 de jun. 2014.

nica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.

Entretanto, estudiosos como Humberto Ávila e Ricardo Lobo Torres têm entendido e explicado de forma bastante elucidativa a diferenciação entre esses dois princípios de importante aplicação no Direito Brasileiro e passível de infração pela Administração Pública.

O princípio da razoabilidade tem origem nos EUA graças ao “due process of law”, enquanto que o princípio da Proporcionalidade bebe da água de um dos pilares de sustentação do Direito Europeu.

Apesar de terem origem diferentes, ambos princípios nascem como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados, mais especificamente da Administração Pública (AP). Com o advento desses princípios os Estados não teriam mais a liberdade de agir da forma como queiram, mas sim passariam a ser obrigados a agir em conformidade com o aceitável de acordo com a boa razão e justa medida. Sendo certo que, tanto o princípio da razoabilidade como o princípio da proporcionalidade, embora diferentes em forma e norma, encontram-se no mesmo patamar de hierarquia principiologica — se existir uma escala de hierarquia — encontrando-se, ambos, em um patamar de consciência, utilizados para solucionar as mais diversas crises oriundas de uma nova concepção pós-nacional dos problemas.<sup>2</sup>

Para que seja capaz de elucidar de forma prática o conceito desses dois princípios, deve-se entender que

---

2 PIRES, Diego Bruno de Souza. *Princípios da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2428](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2428)>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

nem sempre os termos jurídicos utilizados guardam a mesma relação com o que efetivamente representam na língua laica. Entretanto, ao pensar em um discurso eminentemente jurídico, e ao falar em princípio da razoabilidade ou em princípio da proporcionalidade, se torna obvio que os termos estão carregados de uma conotação técnico-jurídica não podendo ser mais tidos como sinônimos, já que expressam construções jurídicas diversas, é possível se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos.<sup>3</sup>

Essa confusão que é feita entre proporcionalidade e razoabilidade pode ser facilmente percebida, não somente na jurisprudência do STF, como também em diversos trabalhos acadêmicos ou ainda em relatórios de comissões do Poder Legislativo.

Para Luís Roberto Barroso “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.”<sup>4</sup>

Acaso estivesse correta essa afirmação, a regra da proporcionalidade nada mais seria do que o nome dado à regra da razoabilidade pelos autores sob influência germânica, uma simples questão de preferência terminológica, de acordo com a filiação acadêmica de cada jurista.

---

3 Humberto Bergmann Ávila, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 173.

4 Luís Roberto Barroso, *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*, RDA 214 (1998), p. 18 (parte do grifo no original); do mesmo autor, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, p. 69.

A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura.

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215. Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos — razoabilidade e proporcionalidade — não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215, este princípios não consta expressamente da CF, ele é fruto do sopesamento de outros princípios quando em determinada situação há um conflito de interesses. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento.

Entretanto, a razoabilidade aparece como elemento norteador da Administração, orientando o seu agente à conduta que melhor atenda à finalidade da lei e aos interesses públicos de acordo com a conveniência e a oportunidade.

Ao conceder ao agente Público o exercício da discricionariedade não lhe reservou qualquer poder para agir por mera liberalidade, muito pelo contrário, foram impostos sobre esse agente encargos de agir e limitações visando, tão somente, o interesse público, entenda-se como interesse público o interesse da coletividade. Portanto, a Lei não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes.

Acerca deste tema Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que:

O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Por fim, não é difícil chegar à conclusão e perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.<sup>5</sup>

### 1.1. Jurisprudências do STF

No tocante à Jurisprudência do STF tem-se algumas decisões a serem pontuadas, como por exemplo, a decisão da liminar da HC 76.060-4, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade — de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais — é que se pretenda constringer fisi-

---

5 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Revista dos Tribunais 798 (2002). p. 23-50. Acesso em: 11 de jun. 2014.



camente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.<sup>6</sup>

Mesmo salientando a importância do princípio da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o STF não vem aplicando-a de forma bem estruturada, se limitando somente a citá-la. A passagem *in verbis* é a única que faz menção à regra da proporcionalidade, nenhuma referência é feita a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato em questão no HC, nem mesmo um sopesamento entre os meios utilizados e o fim a que se chegou.

O STF tem se utilizado de um raciocínio muito mais simples e mecânica. De forma resumida a CF consagra a regra da proporcionalidade; o ato em questão não respeita essa exigência; o ato questionado no presente HC é inconstitucional.

Em relação ao objeto maior, não se pode esquecer se realmente a CF consagra a regra da proporcionalidade, como se vem repetindo, muitas vezes irrefletidamente.

Ainda sobre o mesmo tema, regra da proporcionalidade, a decisão da medida cautelar na ADIn 1407-2 é um exemplo de fundamentação nesse sentido:

O princípio da proporcionalidade — que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* — acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 76.060-4*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 12 de jun 2014.

Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).<sup>7</sup>

No presente julgado há apenas uma menção à aplicação da proporcionalidade, qual seja, duas de suas sub-regras, a adequação e a necessidade, por meio de uma doutrina citada, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, sendo certo que não houve nenhuma preocupação em aplicá-las no caso concreto em análise.

O STF, limitou-se, mais uma vez, a equiparar proporcionalidade à razoabilidade, se atendo, tão somente, à fórmula de que é proporcional aquilo que não venha a extrapolar os limites do razoável.

## 2. DESAPROPRIAÇÃO

Desapropriação é o ato pelo qual o Poder Público, mediante prévio procedimento e indenização justa, em razão de uma necessidade ou utilidade pública, ou ainda diante do interesse social, despoja alguém de sua propriedade e a toma para si.<sup>8</sup>

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 1407-2*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35893886/djro-04-04-2012-pg-189>>. Acesso em: 12 de jun de 2014.

8 ABAGGE, Yasmine de Resende. *Breves Comentários sobre o instituto da Desapropriação*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20007-20008-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2014.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXIV, prescreve que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.” Como se pode perceber, além da ocorrência de um de seus pressupostos (a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social) é imprescindível, para que ocorra a desapropriação, a justa e prévia indenização em dinheiro — chamada desapropriação ordinária; ressaltando, o constituinte originário, casos em que a própria Constituição Federal disponha em contrário — a chamada desapropriação extraordinária.<sup>9</sup>

Segundo os ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.<sup>10</sup>

9 LOPES, André Luis. *Desapropriação — Roteiro de Estudos*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/af3053c0e-4447330b6444f046d819529.pdf>>. Acesso em: 11 de jun 2014.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Através desse breve conceito é possível extrair importantes características acerca da desapropriação.

Entretanto, outro renome do Direito Administrativo, discorda parcialmente desse conceito de Celso Antônio.

Marçal Justen Filho<sup>11</sup> entende que a desapropriação não é um procedimento, mas sim um ato estatal unilateral, que pressupõe um procedimento prévio, sendo, portanto, o resultado desse procedimento que deve ser obedecido. Entende ser unilateral porque aqui, impera a soberania do interesse público, que será visto mais adiante, tendo em vista que a vontade do poder público se sobrepõe à vontade do proprietário do bem que se deseja desapropriar, sendo, de fato, uma decisão tomada através de vontade unilateral. Cabe ao proprietário, tão somente, discordar quanto ao valor da desapropriação — indenização —, mas não pode discordar da própria desapropriação, acaso deseje resolver qualquer entrave oriundo desse ato, o mesmo deve se dar mediante a esfera judicial.

Marçal ressalva ainda que a desapropriação é um ato que possui duplo efeito, sendo, portanto, causa de extinção e aquisição de domínio.

Trocando em miúdos, o sujeito que sofreu a expropriação perde o seu direito de propriedade sobre o bem, e por outro lado, o poder público adquire um direito sobre este, sem que, entretanto, os eventuais defeitos ou direitos existentes na relação jurídica anterior sejam transferidos.

---

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Existem bens que são passíveis de desapropriação, que em realidade são as coisas passíveis de direito de propriedade, todo e qualquer bem móvel ou imóvel, seja público ou privado, corpóreo ou incorpóreo, que poder ter a sua propriedade delimitada, está sujeito a sofrer a desapropriação, neste rol inclui-se os direitos de um modo geral (direito ao crédito por exemplo), excetuando-se, tão somente, aos personalísimos.

De outra senda, não estão sujeitos à desapropriação os valores em dinheiro ou moeda corrente nacional, mas não o dinheiro oriundo do estrangeiro, e as modedas raras. A própria CF delimita a competência para o ato expropriatório, e somente a União, com base no que diz a CF tem competência para legislar sobre o assunto, conforme determinado no seu artigo 22, II: “É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.

No polo ativo da desapropriação encontra-se o ente federativo, o Poder Público; e no polo passivo o expropriado, geralmente o particular que é o efetivo proprietário do bem ou direito objeto do ato expropriatório.

Há ainda a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público estar no polo passivo da demanda, já que é possível a desapropriação de bem público, segundo entendimento exarado pelo Decreto-Lei 3.365/41, artigo 2º, § 2º. Nesse sentido deve-se atentar para a autonomia dos entes federativos, sendo necessário a autorização por lei. Conclui-se, portanto, que o expropriado poderá ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

Existem pressupostos autorizadores do ato expropriatório, quais sejam: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social, todos se encontram elencados no artigo 5º, inciso XXIV da CF; no mesmo diapasão deve ser considerado como requisito próprio deste ato o pagamento de indenização justa nos termos da Lei.

Deve-se analisar de forma pormenorizada os pressupostos. O primeiro pressuposto advem daquela ocasião em que um problema inadiável surge, e para solucionar esse problema deve-se incorporar ao domínio público um bem de um determinado particular.

O segundo requisito qual seja, a utilidade pública, poderá ser visualizado quando a utilização daquela propriedade que se deseja desapropriar for considerada conveniente e vantajosa para o Poder Público, logo ao interesse público, por conseguinte, como exemplo de tal situação têm-se a segurança nacional, assistência pública, obras de higiene, exploração de determinado serviço público, melhoramento de vias públicas e etc.

Já o interesse social se encontra presente quando a AP estiver diante de um interesse que atinja a camada mais pobre da população, mostrando-se necessária a realização de melhorias na condição de vida, saúde, higiene e educação dessa população especificamente, tendo em vista que tal medida traria a redução da desigualdade social, bem como ao melhoramento na distribuição de renda e riquezas, sendo latente o interesse social nessa medida; como exemplo têm-se a construção de casas populares, que é a mais recorrente dentro desse cenário.

Por isso, é necessário que o Administrador investigue a vontade da população, bem como os reflexos de seus comendos, fazendo jus à gestão democrática.

Não havendo, portanto, espaço para um “processo impositivo de urbanização”, de caráter unilateral e autoritário e, em consequência, sem qualquer respeito às manifestações populares coletivas.<sup>12</sup> Caso isso aconteça, cabe ao Judiciário harmonizar os interesses.

## **2.1. Procedimento da desapropriação**

A desapropriação possui duas fases distintas. A primeira fase é chamada de Declaratória, que tem como principal objetivo, como o próprio nome sugere, a declaração da utilidade pública ou interesse social. A segunda fase é chamada de Executória, que tem como objetivo primordial as providências no plano concreto para efetivar a manifestação de vontade declarada na primeira fase. Essa segunda fase pode ser subdividida em Administrativa que é quando o PP e o expropriado acordam o valor da indenização que será paga; e a Judicial que é quando a AP entra com a Ação de Expropriação perante o Poder Judiciário para dar concretude e continuidade ao processo expropriatório.

No primeiro momento o PP deve elaborar uma declaração expropriatória, na qual conterà a utilidade pública ou o interesse social da desapropriação daquele determinado bem. A referida declaração poderá ser feita pelo Poder Executivo (PE), mediante Decreto ou pelo Poder Legislativo através de Lei. Nesta hipóte-

---

12 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

se será necessário que o Executivo adote as medidas cabíveis à efetivação da desapropriação.

Na declaração em comento deve conter as informações básicas, como por exemplo, o responsável pela desapropriação, a descrição do bem a ser expropriado, a informação acerca da utilidade pública ou interesse social, a destinação que será dada ao referido bem, o fundamento legal, bem como o orçamento destinado a tal desapropriação.

Essa declaração, uma vez expedida, poderá produzir os efeitos de: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.<sup>13</sup>

A caducidade ocorre após cinco anos, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, e dois anos, se fundada no interesse social.

Isto significa dizer que a Administração Pública possui desde a data da expedição da declaração até o último dia do prazo para propor ação de desapropriação e promover a citação conforme o artigo 219 do Código de Processo Civil. Todavia, vale lembrar, que a caducidade não extingue o poder de desapropriar o bem em questão, visto que a declaração pode ser

---

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 723-724.



renovada após um ano contado da data em que caducou a última declaração.<sup>14</sup>

É importante salientar também que esta declaração não possui o objetivo de transferir a posse do bem ao poder público de forma imediata, significando apenas que a administração não precisa de título judicial para subjugar o bem. Outro ponto que merece destaque quanto aos efeitos da declaração, é que ainda que ela autorize o Poder Público a penetrar no imóvel, tendo em vista o princípio da inviolabilidade dos domicílios, é necessário o consentimento do proprietário ou autorização judicial para tanto.<sup>15</sup>

Destaque-se ainda que sempre que o particular verificar alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato de desapropriação, poderá oferecer impugnação judicial pelas vias ordinárias, ou até mesmo através de mandado de segurança, sendo possível o pleito de liminar que suspenda o procedimento até a decisão final.

Como já explanado, após a expedição da declaração terá início a fase executória, que poderá ser administrativa ou judicial. Em havendo acordo entre expropriante e expropriado quanto aos valores da indenização, deverão ser obedecidas as mesmas forma-

---

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. p. 711[2], 723-724. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/desapropriacao/2758/#ixzz34dw5ey00>>. Acesso em: 14 de jun de 2014.

15 ABAGGE, Yasmine de Resende. *Breves Comentários sobre o instituto da Desapropriação*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20007-20008-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2014.

lidades da compra e venda, encerrando-se o ato, nos casos de bens imóveis, com o respectivo registro no Registro de Imóveis.

Quando o Poder Público desconhecer o proprietário do imóvel, deverá propor ação de desapropriação perante o Poder Judiciário.<sup>16</sup>

Na hipótese de inexistir acordo entre as partes, o Poder Público deverá recorrer ao Judiciário, observando-se o disposto nos artigos 11 a 30 do Decreto-lei nº 3.365/41. Lembre-se que cabe ao Magistrado apenas decidir a questão relativa aos valores da indenização, sendo defesa a análise da existência de utilidade pública ou interesse coletivo, tendo em vista se tratar de um ato administrativo, não sendo cabível a intervenção de uma esfera de poder em outra, salvo hipóteses de ilegalidade.

Iniciado o procedimento judicial, caso as partes entrem em consenso quanto ao preço, o juiz apenas homologará o ato, e sua decisão servirá como título para a transcrição no Registro de Imóveis. Não havendo acordo, o valor será fixado pelo juiz, após arbitramento.

Sublinhe-se também que a desapropriação somente se completa após o pagamento de prévia indenização, nos casos de bens imóveis, tal como preceitua a atual Constituição Federal.<sup>17</sup>

## **2.2. A desapropriação e os seus princípios norteadores**

como já visto, a desapropriação é a perda da propriedade particular, ou seu esvaziamento para o Esta-

---

<sup>16</sup> Op Cit; Loc cit.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

do ou seus entes delegados, por uma razão de utilidade ou necessidade pública ou, ainda, interesse social, mediante o pagamento de justa indenização em dinheiro.

Existem diversos princípios do Direito que norteiam esse instituto, sendo eles a Supremacia do Interesse Público sobre o privado; a Legalidade; a Finalidade; a Moralidade; a Judicialidade; a Publicidade; e por fim, e sendo objeto do presente artigo a Proporcionalidade.

A noção de proporcionalidade passou a frequentar o Direito Público ainda quando era um Direito incipiente, fortemente influenciado pelo Jusnaturalismo e elaborado à base da razão, entendendo que o poder de polícia, exercido pelos governantes, somente poderia limitar os direitos fundamentais do indivíduo com vistas à proteção do interesse coletivo, combatendo a sua ação desarrazoada.

Têm-se portanto dois pensamentos sobre a desapropriação e o princípio a Proporcionalidade; a primeira é a de que somente haverá desapropriação quando tal providência for efetivamente necessária e adequada à concretização do fim público que se deseja atingir; a segunda é que deve-se escolher o meio que menor ônus cause ao particular que terá o seu bem expropriado.

Segundo entendimento de Fernando Alves Correia a vinculação do expropriante à proporcionalidade constou de preocupação expressa do Código das Expropriações de Portugal quando preconiza a contenção da desapropriação aos limites estritamente necessários à satisfação do interesse público. Com base nesse entendimento se desdobrou três entendimentos, sendo eles o primeiro relativo à autoridade competente para o ato que deverá levar em conta o

atendimento de necessidades futuras, desde que previsíveis; a outra questão é que se a desapropriação for feita fora dos moldes que deve ser, fora dos limites que deve atender, que seja feita por interesse ou solicitação do particular, casos em que há a desapropriação parcial (atendendo ao limite), mas que a parte não desapropriada se mostrou totalmente inócua, deste modo o particular poderá requerer a totalidade da desapropriação, oportunidade em que terá que ser atendido, pois do seu interesse e solicitado por ele; Por fim, na chamada desapropriação-sanção que ocorre quando o proprietário não aplica no bem a utilização que deveria, violando o princípio da função social da propriedade, nesse caso não teria a AP que fundamentar o seu ato.

### **2.3. Supremacia do interesse público x interesse privado**

A supremacia do interesse público é um princípio basilar e caracteriza-se pelas prerrogativas conferidas à AP que atua, sem dúvida, em um patamar de superioridade quando comparado ao particular, mas não significa que necessariamente haverá desrespeito ao direito desses particulares.

Sempre que houver confronto entre os interesses há de prevalecer o coletivo. É o que ocorre no caso da desapropriação por utilidade pública.

Há um caso muito famoso acerca do estádio João Havelange, no Rio de Janeiro, onde o Decreto nº 33.774 declarou com sendo de utilidade pública para fins de desapropriação, determinados imóveis necessários aos projetos na área de entorno do estádio.

No presente caso a supremacia do interesse público fica configurada pela sua principal forma de atuação: regulação das relações entre particulares e Estado. No caso do estágio João Havelange ficou visível a violação à esfera jurídica dos proprietários dos imóveis citados no Decreto.

Entretanto, haverá de ser feito um sopesamento entre o que é o melhor para a coletividade e ser aplicado com base nessa ponderação, aqui entra o Princípio da Proporcionalidade aliado ao Princípio da Razoabilidade. O que é mais razoável? O dano causado aos particulares é Propocional ao interesse coletivo?

Deve-se ponderar a relação entre o Estado e o cidadão que deve ser pautada

na reciprocidade, ou seja, deve haver constante ponderação dos interesses relacionados bem como aqueles fundamentados na norma constitucional.

O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado não é, e nem deve ser, mais visto como absoluto, uma vez que à vista do interesse público primário a atuação estatal deve respeito ao ambiente democrático e aos direitos fundamentais, já que supremacia não deve ser sinônimo de arbitrariedade.

#### **2.4. Princípio da proporcionalidade e o ato expropriatório**

como já dito, a proporcionalidade é o equilíbrio exigido entre os meios e os fins administrativos, apesar de não está expresso na CF, é depreendido por meio de interpretação teológica.

Fernanda Marinela e Hely Lopes Meireles e Maria Silvia Zanella Di Pietro, o princípio da proporcionalidade está incorporado ao princípio da razoabilidade, sendo o primeiro meio de se chegar até o segundo.

O administrador deve agir por meio de padrões comuns da sociedade em que vive deixando de lado interesses particulares.<sup>18</sup>

Não é lícito a AP adotar medidas restritivas ou ainda, formular exigências aos particulares ultrapassando os limites do que é estritamente necessário para a realização da finalidade pública que se deseja alcançar.

Na realidade, visa-se, tão somente, a adequação entre o meio e o fim, afastando totalmente a imposição de obrigações, restrições e/ou sanções em medida superior àquela necessária para atendimento do ato que se deseja, objetivando sempre, o interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho optou por des-trinchar o princípio da Proporcionalidade em três elementos: (i) adequação, considerando o ato que deve atingir a finalidade pretendida; (ii) exigibilidade ou necessidade, já que o PP deve escolher o meio menos gravoso à sociedade; (iii) proporcionalidade em sentido estrito, relativa a análise custo-benefício.<sup>19</sup>

A correta aplicação da proporcionalidade tem por fim precípua, limitar a margem de atuação do administrador público. Assim, mesmo nos atos discricio-

---

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op Cit, p. 80.

19 FILHO, José dos Santos Carvalho. *A desapropriação e o princípio da proporcionalidade*. Advocacia Pública. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351-372.

nários, não é dado à AP poder de agir de forma ilimitada, muito pelo contrário, faz-se um controle duro sobre os reflexos das escolhas, de sorte a salvaguardar o interesse público, sempre.

O mesmo professor, Carvalho Filho, entende que o procedimento administrativo de desapropriação deve ser feito com aplicação do princípio da proporcionalidade, de sorte a evitar a arbitrariedade do expropriante, devendo ser analisado o motivo real justificador da intenção da AP no lugar de um simples adequação legal ou constitucional.

O controle exercido pela AP no procedimento de expropriação deve examina a presença de três elementos: Adequação, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade no sentido estrito.

A adequação analisa o real motivo da desapropriação e não a merda subsunção legal, além de verificar se a lei permite o ato, deve atentar para adequação ao motivo real, de fato.

No tocante a exigibilidade é necessário verificar se há equilíbrio entra a conduta da AP e os gravames que serão trazidos aos cidadãos acaso aquela expropriação vá em frente.

No que concerne a Proporcionalidade o controle é baseado no equilíbrio entre as vantagens e desvantagens que serão trazidas com aquele ato.

A relevância desse princípio no ato expropriatório é que não se pode sacrificar um direito ou liberdade em detrimento do bem da coletividade, sob pena de invalidação do fundamento social do

ato, em virtude da desproporcionalidade da medida. O STF já se posicionou a esse respeito através do informativo nº 19, no qual foi descaracterizada a utilidade pública que legitimou determinanda desapropriação:

STF INFORMATIVO Nº 19. Desapropriação e desvio de finalidade. Anulado por desvio de finalidade de decreto municipal que expropria terras para a construção de ramal ferroviário ligando fábrica de cimento a linha pertencente à Rede Ferroviária Federal, para facilitar o escoamento de sua produção. No caso, considerou-se descaracterizada o fim de utilidade pública da decreto, cujo direcionamento atendia a interesse privado. Ofensa ao artigo 153, § 22 da CF de 69. Precedente citado: RE 64.559-SP (DJ 21.05.71). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Paulo Brossard, que não conheciam do recurso RE 97.693-MG, rel. Min. Néri da Silveira, 13.02.96.<sup>20</sup>

Sendo claro, portanto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade em todos os seus aspectos é ferramenta para que seja feito um controle mais eficaz do que o princípio da legalidade, concluindo-se que nem todos os atos pautados na lei atendem ao interesse público verdadeiramente.

### 3. NEOCONSTITUCIONALISMO

Tendo em vista a influência que exerceu, e vem exercendo, sobre o estudo das normas constitucionais, torna-se cogente a análise do novo momento pelo

---

20 BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 97.693-MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo19.htm#Desapropria%C3%A7%C3%A3o%20e%20Desvio%20de%20Finalidade>>. Acesso em: 12 de jun de 2014,



qual passa o constitucionalismo, o qual é chamado por muitos estudiosos de Neoconstitucionalismo.

Segundo Luís Roberto Barroso, três marcos fundamentais — um histórico, um teórico e outro filosófico — lastrearam a mudança de paradigma ocorrida na doutrina e jurisprudência nas últimas décadas, possibilitando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral<sup>21</sup>.

Na Europa Continental, ainda segundo Luis Roberto Barroso, o constitucionalismo do pós-guerra, constituiu o marco histórico do novo Direito Constitucional, já que foi a partir dele que se instituiu uma nova forma de organização política: o Estado Democrático de Direito, preocupado com a melhoria das condições de vida do seu povo.

Foi na CF de 88 que se viu proporcionado o desenvolvimento desse pensamento, já que foi essa carta magna que promoveu a superação de um regime autoritário vivenciado durante várias décadas pela população, fazendo surgir um sentimento constitucional baseado na Carta Magna.

Ainda de acordo com o pensamento de Barroso<sup>22</sup>, como marco filosófico, aclama o doutrinador para o pós-positivismo, que realiza a confluência de duas grandes correntes de pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. A primeira, que fundava a lei na razão e que se

---

21 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

22 Ibidem.

transformou na filosofia natural do Direito, acreditava em princípios de justiça universalmente válidos.

Por ter sido considerado metafísico e anticientífico, o jusnaturalismo, no final do século XIX, foi sendo suplantado pelas ideias advindas do positivismo jurídico, o qual, sob a influência da objetividade científica, equiparou o Direito à lei, distanciando-lhe da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça.

Ocorre que, ao final da Segunda Guerra, quando então barbaridades foram perpetradas sob o manto da proteção da legalidade, a ética e os valores começaram a se incorporar ao estudo do Direito, iniciando-se, dessa feita, a decadência do positivismo puro.

O pós-positivismo, como evolução dessas correntes, busca, de acordo com os ensinamentos de Barroso, ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Ainda segundo o autor:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>23</sup>

---

23 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O trinjo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

O Neoconstitucionalismo teve o seu marco teórico composto de três grandes transformações: foi reconhecida a força normativa à CF; houve a expansão da jurisdição da CF; e, ainda, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da Lei Fundamental.

A CF anteriormente vista como documento essencialmente político, passou a ser encarada como verdadeira norma jurídica, dotada de juridicidade e imperatividade, vinculando a todos seja entes públicos ou particulares, na consecução de seus objetivos.

Durante todo o século XX os textos constitucionais foram transformando-se, como resultado do conflito entre as teses Liberalistas e Intervencionistas, as CF's deixaram de regulamentar apenas disposições organizacionais do seu Estado, passando a enriquecer o seu conteúdo normativo, passando a agregar e incorporar os seus preceitos, conjunto dos anseios sociais e econômicos, deixando somente de regular os aspectos políticos.

Tudo isso aconteceu em função do forte regime político autoritário que apoderou-se dos ideais implantados pelo Iluminismo e cometeu graves violações aos direitos humanos.

Após serem ultrapassados todos os regimes, foram introduzidos no texto constitucional valores relativos a opções políticas fundamentais, objetivando que os mesmos formem um consenso a ser observado pela maioria das pessoas, especificamente porque passam a ser dotadas de força normativa vinculante, condicionando todas as iniciativas do PP.

Assim, do plano do ser passou-se ao do dever-ser, na medida em que foram consolidadas as ideias domi-

nantes da sociedade, sejam conflitantes ou não, na tentativa de direcionarem o futuro dos respectivos Estados.

Um dos desafios do novo constitucionalismo é, segundo Ana Paula de Barcelos, o desenvolvimento de uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica aos aludidos elementos normativos.<sup>24</sup>

O segundo elemento que caracteriza a nova fase do constitucionalismo, do ponto de vista material, envolve a questão da expansão dos conflitos, específicos e gerais, entre as várias opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio texto constitucional.

Foi sob esses influxos que muitos autores passaram a voltar a sua atenção ao estudo das normas constitucionais, tendo em vista a importância que passaram a exercer sobre toda a sociedade.<sup>25</sup>

### **3.1. Análise do neoconstitucionalismo nos princípios do direito administrativo**

estarão presentes no direito brasileiro e em particular na doutrina administrativista para caracterizar os princípios, os critérios da fundamentalidade e da generalidade, algumas vezes em conjunto outra de forma isolada, e não raro englobando outras das características.

---

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 15, março 2007. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 14 de jun. 2014.

25 DIAS, Mariana Datolli Gouveia. Artigo Científico: *A revisão do conceito de propriedade em decorrência dos influxos do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-revisao-do-conceito-de-propriedade-em-decorrenca-dos-influxos-do-neoconstitucionalismo,48228.html>> . Acesso em: 11 de jun. de 2014.

A motivação em “entrelaçar” o Neoconstitucionalismo e o Direito Administrativo no presente artigo, vem através da leitura e entendimento do pensamento inaugurado por Dworkin, já que o panorama iria sofrer uma mudança dramática em virtude do Neoconstitucionalismo, a partir de seu ataque ao positivismo.

A concepção de Dworkin acerca dos princípios, como norma de abrangência semântica indeterminada, necessariamente se opondo à regra como outra espécie normativa, passaria a receber apoio na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, passando a contribuir de forma minudente para a divulgação e aceitação, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

A CF de 88 em seu artigo 37 diz que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).<sup>26</sup>

Analise os princípios da administração pública, conhecidos pela sigla “LIMPE”.

Primeiramente deve-se relatar o **princípio da legalidade** que nos termos do neoconstitucionalismo já ficou claro que é uma regra e não um princípio, dotada de um elevado grau de fundamentalidade e para a doutrina clássica é um princípio específico do Estado democrático de Direito,

Celso Antônio diz que a legalidade é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo.

---

26 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 de jun de 2014.

Inegável que ela é regra e que toda a construção doutrinária em cima da legalidade como princípio acaba perdendo seu valor quando da adoção da teoria neoconstitucionalista, e a razão é muito simples, o conceito tradicional de princípio não é compatível com o do neoconstitucionalismo. Em síntese, embora consagrado na doutrina e na jurisprudência o uso da expressão princípio da legalidade, na verdade nem sempre a legalidade poderá ser vista como um princípio, mas sim como uma regra.<sup>27</sup>

O **Princípio da Impessoalidade** parece ser regra, já que à Administração deve ser vedado agir com pessoalidade-parcialidade, a priori não se pode pensar em sopesamento da impessoalidade em cada caso concreto; o teor da palavra impessoalidade, por outro lado, pode ser um tanto quanto vago.

A impessoalidade parece ter potencial de figurar ora como princípio ora como regra, dependendo de sua aplicação ao caso concreto e, até mesmo, da perspectiva sob a qual ela seja observada. Veda a pessoalidade, ela exige algum grau de ponderação. Quando se pensa em como o teor do termo impessoalidade vislumbramos alguma possibilidade de ponderação.

O **princípio da moralidade** é o mais difícil de se situar como sendo princípio, é de difícil expressão verbal. A doutrina busca apreendê-lo, ligando-o a termos e noções que propiciem seu entendimento e aplicação.

Surgem, então, todas as dificuldades em se estabelecer o teor exato da moralidade; Os administrativistas

---

<sup>27</sup> Machado Segundo, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

vem distinguindo a moral comum da moral administrativa, aquela ligada à distinção que se faz bem e mal e esta relacionada à distinção entre boa e má administração.<sup>28</sup>

O próximo a ser analisado é o **princípio da publicidade**, decorrência lógica da atividade administrativa, para que a mesma possa ser controlada e para que os particulares possam ter ciência dos efeitos dos atos da Administração. Quer parecer que a publicidade possui estrutura de princípio, de um mandado de otimização; pensemos por exemplo que existem diversas formas de se dar publicidade a um ato administrativo, desde a sua fixação na parede da repartição, passando pela publicação em diário oficial e através de meios de comunicação como rádio e TV; devendo tais formas serem ponderadas a cada caso, maior publicidade para atos mais importantes, o sopesamento com outros princípios, como a eficiência e a modicidade, etc.

Por fim, tem-se o **princípio da eficiência**, também princípio tanto na acepção tradicional quanto na neoconstitucionalista. Por eficiência se compreende a obtenção do melhor resultado com o uso racional dos meios disponíveis, sua estrutura de princípio fica patente em virtude da amplitude de significados e de medidas que eficiência pode ter, o que caracteriza a norma em questão como um típico mandado de otimização, cuja realização prática deve ser buscada ao máximo, assim também entende Jorge Luís Terra da Silva.

De acordo com o que fora exposto no presente trabalho, um dos pontos mais importantes do Neo-

---

28 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

constitucionalismo é a conceituação de norma englobando regras e princípios, aquelas como normas de abrangência de significado bem determinado e estes como normas de abrangência ampla — superficialmente como a ideia de princípio se desenvolveu da antiguidade ao neoconstitucionalismo inaugurado por Dworkin — assim, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro ver-se o tratamento dado aos princípios enfatizando a perspectiva administrativa.

#### **4. CONCLUSÃO**

Tendo sido no presente trabalho desenvolvido o entendimento do que vem a ser o Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade, tendo posteriormente trazido em voga o conceito de desapropriação e todas as suas interfaces, passou-se ao estudo do Neoconstitucionalismo inclusive no tocante ao Direito Administrativo.

Entendeu-se que o Neoconstitucionalismo nada mais é do que uma nova interpretação à Constituição Federal reconhecendo a força normativa das normas constitucionais como normas jurídicas, e inclusive os princípios que emanam da Carta Magna.

As especificidades das normas constitucionais, há muito levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

Diferentemente da interpretação jurídica tradicional que percebe as normas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção, a nova interpretação constitucional reconhece que a solução dos problemas jurí-



dicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo (papel da norma).

Assim, passando ao entendimento do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, apesar de não estarem efetivamente descritos na Carta Magna, são eles frutos dessa nova interpretação constitucional, havendo a subsunção de um fato ao princípio-norma elencado na CF, gerando conflito de interesses, este deverá ser sopesado através da utilização do princípio da proporcionalidade. A hierarquização dos princípios existentes no ordenamento jurídico, diante de um fato concreto qualquer, através da ponderação axiológica a fim de estabelecer a qualificação jurídica das condutas descritas, só poderá ocorrer com a intervenção do princípio da proporcionalidade.

Aliar todos esses três temas demonstra nitidamente que, apesar de não estar expresso na Constituição Federal o princípio da proporcionalidade, aliado ao princípio da razoabilidade, deve ser aplicado em atos expropriatórios, utilizando-se do sopesamento quando haver conflito de interesses, por exemplo, entre o interesse público e o privado.

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade, através de uma nova interpretação constitucional deverá ser levado em consideração para situações relativas à desapropriação ou qualquer outra em que se tenha interesses distintos convergindo.

## 5. REFERÊNCIAS

ABAGGE, Yasmine de Resende. *Breves Comentários sobre o instituto da Desapropriação*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2582](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2582)>. Acesso em: 11 de jun. de 2014.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 15, março, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.
- BARROSO, Luís. *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*, RDA 214 (1998).
- \_\_\_\_\_. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 97.693-MG*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407-2*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35893886/djro-04-04-2012-pg-189>>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 76.060-4*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 12 de jun 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DIAS, Mariana Datolli Gouveia. *A revisão do conceito de propriedade em decorrência dos influxos do neoconstitucionalismo*.

lismo. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-revisao-do-conceito-de-propriedade-em-decorrenca-dos-influxos-do-neoconstitucionalismo,48228.html>>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. Advocacia Pública*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.

LOPES, André Luis. *Desapropriação — Roteiro de Estudos*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/af3053c0e4447330b6444f046d819529.pdf>>. Acesso em: 11 de jun 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIRES, Diego Bruno de Souza. *Princípios da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2428](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2428)>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso Da. *O Proporcional e o Razoável*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Revista dos Tribunais 798 (2002). p. 23-50. Acesso em: 11 de jun. 2014.



# Capítulo IV

## Humor e autonomia privada: quando o riso põe em risco os direitos da personalidade

**Pablo Michel da Silva Pereira**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# Humor e autonomia privada: quando o riso põe em risco os direitos da personalidade

**Resumo:** A proposta deste trabalho é estimular a discussão acerca do uso do humor no universo das prestações obrigacionais, estabelecendo limites que podem evitar a ocorrência de manifestações cômicas ofensivas durante o exercício da autonomia privada pelos profissionais da área humorística. Sem esquecer-se da importância do humor para a sociedade, enquanto instrumento de provocação do riso e/ou de crítica social, sinaliza para situações em que a dignidade humana e os direitos da personalidade devem prevalecer sobre as liberdades de expressão e negocial.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Humor. Direitos da personalidade. Limites.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Humor e autonomia privada — 3. Humor e direitos da personalidade — 4. Limites jurídicos ao humorismo — 5. Conclusão — 6. Anexo — 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Diversas vezes, ao presenciar shows humorísticos em estabelecimentos privados ou mesmo assistindo programas humorísticos de TV, deparamos com

algumas situações em que nos questionamos: “Tudo bem isso foi engraçado, mas não passou dos limites?”, “Será que essa pessoa não teve sua dignidade violada com tal brincadeira?”. Essas perguntas são feitas de forma corriqueira pelos espectadores de manifestações cômicas e de fato eventualmente se verificam excessos lesivos, que ensejam uma discussão necessária sobre até que ponto o riso e a liberdade de expressão devem se sobrepor à integridade moral e física das pessoas. E ainda, até que ponto o humorista no gozo da sua autonomia privada deve se responsabilizar pelos danos causados no cumprimento dos contratos de prestação humorística.

Este debate se demonstra muito pertinente, sobretudo atualmente, em que diversos litígios são levados ao Poder Judiciário, cujo objeto é justamente a abusividade com que alguns humoristas desempenham as suas atividades, muitas delas exercidas com contraprestação pecuniária.

Repensar as prestações humorísticas na esfera da autonomia privada se faz indispensável, evitando assim, que o manto da liberdade de expressão acoberte e proteja situações injustas surgidas do cumprimento dos contratos, sinalizando tanto o profissional da área humorística como também o contratante desses serviços, sobre os cuidados devidos. É, portanto, com a finalidade de aflorar a discussão e ampliar os horizontes no que diz respeito ao exercício da autonomia privada no ramo humorístico que o texto se propõe, fazendo referência a alguns julgados dos tribunais brasileiros sobre o tema e tendo como guia a preciosa lição deixada pelo saudoso humorista Chico Anysio, a mostrar que “fazer humor é coisa séria”.



Como procedimento metodológico para a realização deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que permitiu uma análise mais apurada sobre a questão. Notícias veiculadas em revistas e jornais também foram usadas com o objetivo de coletar situações ofensivas protagonizadas por humoristas.

Para alcançar com êxito o objetivo pretendido, faremos um percurso pela abordagem do humor à luz da autonomia privada, perpassando pelo debate sobre a disposição dos direitos da personalidade e apresentação de limites ao humorismo enquanto prestação obrigacional, culminando por fim com a indicação de sugestões para a composição de conflitos que possam surgir entre o humor e os direitos que integram a esfera jurídica alheia.

## **2. HUMOR E AUTONOMIA PRIVADA**

A autonomia privada, eternizada nas palavras de Luigi Ferri (2001, p. 9) como o poder de autorregramento das pessoas na realização de negócios jurídicos, foi, à medida que a sociedade e as relações jurídicas se tornaram mais complexas, ganhando novos contornos e se espraiando por setores até então inexplorados. Esse espaço de liberdade na esfera negocial, compreende-se como princípio fundamental do Direito Privado e um importante instrumento de materialização da própria dignidade humana, onde os indivíduos podem normatizar as suas relações jurídicas sem a ingerência estatal, balizados vale lembrar, pela lei, ordem pública, moral e pelos bons costumes.

Ao passo que a autonomia privada representa esse forte fundamento para a realização do sujeito

enquanto indivíduo, como aponta Maurício Requião (2014, p. 21), é preciso ficar atento para que ela não avance sobre a esfera de proteção negativa dos direitos de personalidade das demais pessoas. Um exemplo disso, são as manifestações humorísticas na qualidade de prestações obrigacionais que, eventualmente, trazem constrangimentos aos seus “alvos”.

Não se pode questionar que a liberdade de expressão é um dos bens mais importantes para a convivência em uma sociedade dita democrática, contudo, é indispensável que se imponha limites, evitando assim que abusos sejam legitimados. Quando essa liberdade é exercida através de contraprestação pecuniária, portanto, como negócio jurídico, essa premissa não pode de forma alguma ser esquecida.

O que se percebe diante das pesquisas realizadas, é uma ausência de produção científica dirigida a discutir a aplicação de tais margens à autonomia privada quando esta se encontra relacionada à liberdade de expressão. Dessa forma, nas situações em que direitos da personalidade como direito à imagem, direito à honra e direito à privacidade são violados em nome do humor, seja por meio de programas humorísticos, charges comerciais, stand-ups em casas de shows (todos eles envoltos em negócios jurídicos), o discurso aclamado é sempre o da liberdade.

A atuação no ramo humorístico que obtenha como proveito vantagem econômica, deve respeitar a esfera jurídica alheia. Escreveu Eduardo Espínola (1977, p. 29 *apud* BORGES, 2005, p.104) que “é preciso que a liberdade de ação de cada um não vá até o ponto em que possam ser prejudicados os interesses

dos outros associados”. Não se quer aqui, promover a censura ou desvirtuar a essência do humor.

O humorismo é um importante instrumento de manifestação e expressão que serviu em diversos momentos históricos (como o período da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), muito bem caracterizado nas charges do cartunista Henfil) e que ainda serve de aliado da sociedade na denúncia de regimes políticos autoritários e de mazelas sociais ou mesmo com o objetivo único de alcançar a sua finalidade precípua, que é provocar o riso. Realizar essa tarefa não é fácil! O exagero e o escárnio são os artificios mais utilizados desde as primeiras manifestações humorísticas que se tem registro. Nem sempre essa forma de expressão é bem recebida por todos e algumas vezes resulta em reações desarrazoadas de algum grupo, a exemplo da tragédia recente envolvendo cartunistas do jornal francês Charlie Hebdo, mortos por extremistas islâmicos por conta de charges que personificavam Maomé.

O foco deste trabalho, entretanto, não é aprofundar a análise sobre a liberdade de expressão, mas tratá-la de forma incidental, periférica, pois é impossível discutir o humor sem abordá-la. O que se busca é ressaltar a necessidade de imposição de limites quando o humor é praticado com a finalidade lucrativa, adentrando assim no princípio da autonomia privada. O posicionamento adotado aqui é o de que não se deve imunizar dos limites aplicados à liberdade negocial, os negócios jurídicos que tenham como objeto a prestação de atividades humorísticas.

Os humoristas, ao gerir os seus interesses mediante a celebração dos contratos e os contratantes

dos serviços, devem estar cientes de que não podem lesar direitos alheios à custa do riso. Não se pode olvidar que o exercício da autonomia privada requer responsabilidades, principalmente quando envolve terceiros. A seguir, apontar-se-á como esse cuidado deve ser considerado tanto em relação ao aspecto negativo dos direitos de personalidade, quanto também ao seu aspecto positivo no tocante à disposição de alguns desses direitos nos contratos humorísticos.

### **3. HUMOR E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os contratos baseados em prestações humorísticas são exemplos claros de que não possui mais pertinência a regra da indisponibilidade absoluta dos direitos de personalidade, como defendem alguns autores, tais como Adriano de Cupis (2008, p. 58):

Os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do titular. Incluem-se, por isso, naquela categoria excepcional de direitos sobre os quais o sujeito não tem poder jurídico, e que, segundo a solução que se dá ao problema, podem classificar-se como direitos com conteúdo mais restrito que o normal, ou como direitos que não são acompanhados por uma faculdade paralela de disposição. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual, tanto como a própria personalidade.

Para que a relativização da indisponibilidade dos direitos de personalidade fique clara, é preciso de antemão entender o duplo aspecto desses direitos. Conforme Roxana Borges, “a tutela dos direitos da personalidade não se exaure na proteção do sujeito

contra o Estado nem se resume à tutela negativa das pessoas em sua relação com outros particulares ou comunidade destes.” E continua, “é preciso valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos da personalidade, reconhecendo o seu aspecto positivo, ligado a liberdade jurídica”.

Trazendo para o contexto dos contratos que consistem em prestações humorísticas, podemos organizar da seguinte forma: a tutela positiva dos direitos de personalidade se verifica, por exemplo, na possibilidade do comediante dispor onerosamente de sua imagem nos shows privados (projeção física e voz) ou a possibilidade dos direitos autorais de um chargista figurarem como objeto de relação jurídica privada; e a tutela negativa, se percebe por exemplo, na proteção conferida aos destinatários das pilhérias, seja em relação ao direito à imagem ou ao direito à honra e à privacidade. Imaginemos, *verbi gratia*, que os pais de uma criança contratem determinado palhaço para animar a festa de aniversário do seu filho. O contrato celebrado entre eles se perfaz em o palhaço, de um lado, dispor de sua voz (para infantilizá-la) e imagem (com a sua caracterização) e cumprir a obrigação de fazer (realizar as brincadeiras e os gracejos) e do outro lado, em os pais realizarem o pagamento pelo serviço prestado. Caso o palhaço na execução da obrigação, hipoteticamente, faça brincadeiras ofensivas ou piadas inapropriadas para a idade das crianças fugindo do que foi pactuado e causando constrangimento aos presentes, ficará evidente a violação à esfera jurídica alheia. O Direito então entrará aqui para responsabilizar o palhaço por exceder os limites convencionais e legais no exercício da dimensão positiva dos seus

direitos da personalidade e ainda garantir que os direitos dos terceiros sejam resguardados.

Vale ressaltar, que a referida disponibilidade observada no aspecto positivo é relativa, ou seja, abrange somente alguns atributos da personalidade humana e é limitada em termos de duração e alcance e pela esfera jurídica alheia.

De acordo com Alexandre dos Santos Cunha (2002, p. 261 *apud* BORGES, 2005, p.103), os direitos de personalidade, que se subsumem no princípio da dignidade, “são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitada senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros”. Para o autor, “o respeito desses limites é condição *sine qua non* para a existência de um Estado Democrático de Direito [...]”

Maria Helena Diniz (2012, p.135), embora pontue as características clássicas, também sinaliza para o caráter relativo da indisponibilidade dos direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. [...]

São, em regra, indisponíveis, insuscetíveis de disposição, mas há temperamentos quanto a isso. Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencional. Nada obsta a que, em relação ao

corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de merchandising para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la, colocando, p. ex., desenhos de Disney em alimentos infantis para despertar o desejo das crianças de adquiri-los, expandindo, assim, a publicidade do produto. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa.

Essa permissão para que certas expressões da personalidade figurem como objeto de negócios jurídicos não transgreda a característica da extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade. Sobre isso, escrevem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.190):

Uma das características mais evidentes dos direitos puros da personalidade é a ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos.

Isso não impede que as manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico.

O exemplo mais evidente dessa possibilidade é em relação aos direitos autorais, que se dividem em direitos morais (estes sim direitos próprios da personalidade) e patrimoniais (direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica perfeitamente avaliável em dinheiro) do autor.

Assim, é correto dizer que, em princípio, os direitos da personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principal-

mente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados.

As pessoas contratadas para realização de serviços humorísticos, no gozo da sua autonomia privada, ingressam alguns de seus direitos da personalidade no trânsito jurídico e como as atividades humorísticas possui em sua maioria um “alvo”, outras pessoas são satirizadas/ridicularizadas por conta de aspectos físicos ou comportamentais.

Faz-se oportuno ressaltar que, há situações positivas em que as pessoas atingidas pelos chistes aceitam previamente figurar como “alvos” da atividade humorística, caracterizando-se sob a ótica deste trabalho, como uma forma correta de conduzir o humor. Basta lembrar, por exemplo, do programa humorístico “Fritada” do canal Multishow, onde convidam-se pessoas famosas para serem alvejadas com piadas sobre diversos aspectos da sua vida, como formas de se vestir, carreira profissional, comportamentos e relacionamentos pessoais, por um grupo de comediantes. Elas, quando convidadas, já são avisadas sobre o funcionamento e a que se dispõe o programa e o que mais chama a atenção (e o diferencia positivamente dos demais), é que o “Fritada” oportuniza ao “fritado” (como eles denominam o convidado) a possibilidade de, ao final do programa, fazer piadas sobre os comediantes e se manifestar sobre as piadas a ele direcionadas, ou seja, há o direito de resposta.

Assim, embora algumas piadas causem certo incômodo no “fritado” e sejam até, em alguns casos, excessivamente ofensivas, o humorismo não se encerra em mão única, muitos convidados aproveitam o revide final



também para se “vingar” de maneira cômica. O humor deixa, portanto, de se externar unilateralmente, tendo o humorista como o único pólo de exposição de piadas e, passa a adotar uma postura bilateral, permitindo que ambos os lados alternem a figura de “alvo” da pilhéria.

Outro exemplo bastante interessante acerca do uso positivo do humor, é a imitação feita pelo comediante com o consentimento do imitado, inclusive para shows privados. Tendo o humorista como prestação contratual a imitação de determinada pessoa, ele utilizará, por óbvio, de sua própria imagem e voz para tanto, contudo, fazendo alusão a aspectos físicos e comportamentais de um terceiro, devendo este, à luz do exposto até aqui, ser comunicado e ser requerida a sua anuência quando a imitação fugir das atividades habituais do imitado. Mais adiante, retomaremos essa discussão.

À vista disso, frisa-se que nem toda manifestação do humorismo ultrapassa a esfera negativa de direitos, devendo-se realizar uma análise casuística para afirmar se houve ou não, efetivamente, uma lesão à esfera jurídica alheia. Pode-se citar como exemplo, o caso do Castelo de Itaipava, narrado por Anderson Schreiber (2013, p.87) em seu livro “Direitos da Personalidade”, onde no confronto entre o direito à honra e o direito de sátira, este último prevaleceu.

Tome-se, como exemplo emblemático, o caso do Castelo de Itaipava, bela construção erguida pelo Barão Smith de Vasconcellos na cidade fluminense de mesmo nome, e herdado por seus familiares. Em nítida galhofa com a revista Caras, que se utiliza de um castelo para divulgação do estilo de vida das celebridades, a revista humorística Bundas elegeu o Castelo de Itaipava como “Castelo de Bundas”. A reportagem cômica informou,

ainda, que a escolha daquele castelo era muito oportuna, já que o referido Barão teria feito sua fortuna com os lucros advindos de uma fábrica de papel higiênico. Na seqüência, “alegando apenas repetir uma piada recorrente à época da construção do castelo”, a revista atribuiu-lhe o título de “o Barão da Merda”.

Herdeiros do Barão promoveram ação de indenização por danos morais em face da Editora Pererê, responsável pela veiculação da revista que teria, na aludida matéria, exposto ao ridículo o nome do falecido e de sua família [...].

[...] O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, onde dividiu opiniões.

Vitorioso, por maioria, foi o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que, confirmando as decisões anteriores, considerou inexistir dano à honra naquele caso concreto.

No acórdão da decisão supracitada, entendeu a Ministra Nancy Andrighi que não havia o ânimo de injuriar o barão e seus familiares, mas de satirizar a revista “Caras”. Examinando o contexto da publicação, entendeu Nancy que o “castelo construído pelo antepassado das recorrentes foi, apenas, o instrumento da piada e não o alvo final da ridicularização”. Comentando o voto, escreveu João Paulo Capelotti (2014, p.35):

Como explicitou a relatora do recurso nos últimos parágrafos do voto, não se trata de averiguar a boa ou má qualidade da coluna produzida pela revista “Bundas”. Ao Judiciário, quando lida com essas questões, cabe sobretudo verificar sua licitude ou ilicitude, resposta que perpassa, necessariamente, a análise do texto e do contexto dessa manifestação do pensamento.

Retornando ao livro de Schreiber (2013, p.89), mais adiante, ele ratifica a necessidade de uma ponderação casuística por parte do juiz:

O confronto entre o direito de sátira e a tutela da honra é realmente delicado. Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias. Somente a ponderação entre esses dois interesses igualmente protegidos pode conduzir a uma solução justa para o caso concreto. Significa dizer que a solução não está na prevalência abstrata de um interesse sobre outro, mas no sopesamento entre eles diante das circunstâncias específicas do caso concreto.:

Todavia, quando excessos são cometidos pelos humoristas no cumprimento dos contratos, assumindo uma forma de humor demasiadamente ofensiva, medidas voltadas à responsabilização e indenização devem ser tomadas. A jurisprudência brasileira já vem se posicionando nesse sentido em algumas situações deduzidas em juízo, embora encontre dificuldades em lidar com o tema.

Em um dos raros estudos sobre o humorismo à luz do direito no Brasil, o professor Marco Antônio dos Anjos traz à discussão algumas atividades humorísticas, das quais se destacam as charges, as imitações cômicas e as entrevistas humorísticas. Propõe o referido autor, formas de se avaliar quando essas ma-

nifestações ultrapassam o limite do *animus jocandi*, causando assim danos a terceiros. Acerca da charge escreve Marco Antônio (2009, p. 76), que ela

passa a ter relevância para o direito quando retrata pessoas específicas, pois nesse caso há o confronto entre o direito de liberdade de expressão do chargista e o direito à imagem do retratado.

Posteriormente, ele distingue o conteúdo chárigo do caricatural, enfatizando que o primeiro tem um objetivo crítico por intermédio do humor e o segundo tem um objetivo apenas humorístico. Ratifica ainda, que a charge deve ser livre quando o uso da imagem de uma pessoa tiver alguma pertinência com aquilo que se quer criticar e não houver exageros.

Sobre as imitações cômicas escreve o professor (2009, p. 84-85):

A imitação pode se dar por meio visual ou sonoro. A visual costuma ser expressa pela utilização de atores caracterizados, que, ao se valerem de recursos como máscaras, perucas, maquiagem, próteses, vestimentas, entre outros, se tornam parecidos com os imitados. A participação de sócias também busca esse intento, em razão de natural semelhança física. Deve, ainda, ser feita referência ao aproveitamento de bonecos para o mesmo fim. Já no caso das imitações sonoras, as possibilidades são mais restritas, vislumbrando-se a utilização por pessoas que, em razão da capacidade de se aproximarem muito da expressão vocal dos imitados e, também, por realçarem vícios de linguagem e maneirismos destes, conseguem remeter o ouvinte ao registro sonoro da voz do imitado.

A perquirição das consequências jurídicas do trabalho desses humoristas, [...], passa pela observação da finalidade do imitador ao se referir à imagem ou voz dos

retratados. Em outras palavras, cabe indagar se o que o humorista busca com a semelhança visual ou sonora é apenas o visual humorístico ou fazer uma crítica.

Defende Marco Antônio que quando a imitação visual ou sonora retrata o imitado em uma situação cômica relacionada a algum fato vivido por este, não há necessidade de autorização do retratado em vista do intento principal de crítica. Contudo, quando essa imitação se volta a ridicularizar o imitado em situações que não possuem nenhum vínculo com este, é preciso que haja a anuência do retratado pois o objetivo único dessa manifestação, é humorístico.

As entrevistas humorísticas também se destacam no cenário do humor nacional, principalmente nos últimos anos com a ascensão e popularidade de programas televisivos como o “Pânico na Band” e “CQC”, cuja tática para atrair a audiência, encontra nas entrevistas com famosos, um importante expediente. Essa atividade também recebe atenção do professor (2009, p.87-90).

Tanto emissoras de televisão como de rádio, reconhecidas por serem meios de comunicação de grande relevância, dependendo do viés mercadológico em que atuam, em especial para a chamada “comunicação de massas”, costumam apresentar programas humorísticos de grande audiência. Em algumas dessas atrações, lamentavelmente, são cometidos abusos que causam danos aos direitos da personalidade de terceiros, no concernente ao direito à imagem, à voz, à honra e à privacidade. Levados os fatos ao Poder Judiciário, registram-se decisões condenatórias que reconhecem que a atividade humorística, nos casos concretos, foram lesivas.

[...] Merece destaque julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em caso que versou sobre a atividade

humorística com intromissão na privacidade alheia, inclusive com repercussões negativas para um menor. Uma atriz reconhecida nacionalmente foi várias vezes abordada por humoristas de um programa televisivo para participar de determinado quadro. Em decorrência de sua recusa, a artista passou a ser perseguida pelos humoristas que, inclusive, em determinada ocasião, além de gritos e do uso de auto-falantes, utilizaram um guindaste para tentar alcançar o apartamento no qual ela reside com um filho impúbere. Além dos transtornos causados pela confusão que se formou diante do edifício, o mesmo foi exibido na televisão, fato este que divulgou onde é a residência da atriz. O Tribunal entendeu que houve exposição desnecessária da autora e de sua família, condenando a emissora ao pagamento de compensação de danos morais.

Em shows de *stand up comedy* também ocorrem situações ofensivas, a exemplo da reportagem trazida pela Carta Capital, intitulado “Humor Criminalmente Incorreto”:

Parecia piada, mas não era. Na semana passada, o tecladista de uma banda que acompanhava um show de stand up comedy num clube em São Paulo abandonou o palco e chamou a polícia. Estava ofendido com a referência feita por um comediante sobre a relação entre Aids e o sexo entre humanos e macacos — o comediante, ao dizer que vivia comendo macacos e nunca pegou a doença, olhou para o tecladista, que é negro, e perguntou: “né?”

O show de humor proibidão — era o nome do espetáculo — acabou mal, ainda que os espectadores, logo na entrada, tivessem assinado um termo se comprometendo a não se ofender com piadas sobre negros, mulheres e deficientes. Como virou caso de polícia, a patrulha antipoliticamente correto, capita-

neada pelos gênios da comédia atual, chiou, lamentando o sepultamento do bom humor.

Fica claro, portanto, que a questão dos direitos de personalidade em seus aspectos positivo e negativo está, indubitavelmente, rodeando o universo dos contratos de prestações humorísticas e que em algumas situações há o risco concreto de, no cumprimento desses contratos, lesar-se terceiros. Como meio de evitar que isso aconteça no exercício da autonomia privada, foram erguidos pela doutrina e jurisprudência alguns limites que serão apontados a seguir. Como neste estudo, o humorismo está sendo discutido dentro do âmbito da liberdade negocial, tais balizas também devem ser observadas por aqueles que atuam profissionalmente nessa atividade.

#### **4. LIMITES JURÍDICOS AO HUMORISMO**

Durante bom tempo, entre os séculos XIX e meados do século XX, a autonomia privada, ainda entendida como autonomia da vontade, era expressada quase que de forma ilimitada nas relações contratuais. Isso se devia em grande parte, aos ideais liberais burgueses enraizados de forma sólida naquele período, que defendiam um espaço de liberdade de ação aos sujeitos, infenso à interferência estatal. Ou seja, havia uma forte preocupação em se resguardar a cada sujeito um perímetro de atuação autônoma, para gerir seus interesses e exercer suas atividades, cuja ingerência do Estado, temido ainda por conta do período absolutista, era completamente proibida.

Entretanto, no decorrer do tempo, com a ascensão do Capitalismo e posteriormente dos modelos sociais

e neoliberais de Estado, as coisas mudaram. As desigualdades nas relações privadas demonstraram que tal liberdade em excesso prejudicava certos grupos, a exemplo dos trabalhadores, que acabavam aceitando as imposições contratuais abusivas dos seus patrões. Somadas a isso, as mazelas deixadas pela Segunda Guerra Mundial despertaram em todos a necessidade do reconhecimento de direitos sociais e do caráter normativo dos princípios e a necessidade de se estabelecer limites ao exercício da autonomia privada como forma de proteger os grupos menos favorecidos economicamente e concretizar de forma adequada a dignidade da pessoa humana. O Estado assumiu um papel mais ativo, fiscalizador e abandonou, portanto, a postura de espectador da liberdade negocial.

Atualmente, para que o exercício da autonomia privada se dê de forma válida na dimensão positiva dos direitos da personalidade, especificamente na celebração dos contratos voltados à realização de prestações humorísticas, é preciso que estes respeitem alguns limites que foram surgindo ao longo do tempo. Com o processo de despatrimonialização ou de funcionalização do Direito Civil apontado por Teresa Negreiros (2006, p.106), derivado da constitucionalização desse ramo do Direito e de mudanças socioeconômicas globais, a autonomia privada sofreu profundas modificações e foi, conseqüentemente, remodelada a configuração das relações contratuais. O contrato, outrora pautado em uma ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídico passa a ser lido à luz da Constituição e condicionantes são colocadas para o exercício coerente da autonomia privada. Além da observância das disposições legais, os indivíduos ao ajustarem suas relações jurídicas de



cunho negocial, devem atender a alguns princípios importantes como a boa-fê objetiva e a função social.

Impõe-se a lei como o primeiro e mais evidente parâmetro norteador. Enquadram-se aqui tanto a legislação constitucional (princípios, direitos e deveres previstos na Carta Magna) quanto a legislação infra-constitucional, a exemplo dos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002.

Da leitura desses dispositivos extraem-se dois princípios que regulamentam a autonomia privada. No primeiro artigo, a função social é trazida para o universo das relações privadas, transformando de forma significativa a forma de se enxergar os negócios jurídicos. Ela vai atrelar o sujeito ao ambiente social em que coexiste com as demais pessoas. Segundo Teresa Negreiros (2006, p. 209), a função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade e interfere consideravelmente no princípio clássico da relatividade. Nas palavras da referida autora (2006, p.212), esse princípio da relatividade preceitua que “os contratos só produzem efeito relativamente às “partes”, não prejudicando ou beneficiando os “terceiros” cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo contratual”.

Contextualizando a atuação do princípio da função social com a discussão aqui proposta, significa dizer que os contratos de prestações humorísticas não devem ser vistos como algo que produz efeitos somente para as partes contratantes, mas também para terceiros possivelmente afetados. A função social vai atuar tanto em um âmbito interno, de análise dos interesses daqueles que celebram o contrato de prestação humo-

rística, como também em um âmbito externo, onde serão considerados os interesses dos “alvos” das piadas e da própria sociedade.

Percebe-se assim, que a funcionalização dos contratos permeou a relação contratual de valores sociais comungados por todos e previstos constitucionalmente, caracterizando-se como mais uma condicionante imposta à autonomia privada.

O segundo artigo, por sua vez, faz menção à boa-fé objetiva que, em linhas gerais, nada mais é do que o padrão ideal de conduta esperado dos contratantes. Explica Teresa Negreiros (2006, p.119-120) que a boa-fé objetiva (distinta da modalidade subjetiva, que leva em conta aspectos psicológicos do sujeito, como as intenções), representa a inserção da ética nas relações contratuais. As premissas de lealdade, respeito e veracidade são incorporadas no bojo dos contratos. Constituindo autêntica norma de conduta, o princípio da boa-fé impõe que os contratantes atuem de maneira cooperativa e haja a consideração recíproca dos interesses.

Conforme assevera Judith Martins Costa (1999, p. 427), a boa-fé objetiva possui três funções: criação de deveres jurídicos ou função supletiva; limitação dos direitos subjetivos ou função corretiva (esse aspecto se encaixa muito bem com o tema proposto neste trabalho, já que nessa perspectiva se estabeleceria contornos à liberdade dos humoristas em prol de direitos de terceiros e também evitaria o chamado abuso de direito); e por fim a função da boa-fé objetiva atuando como cânone hermenêutico integrativo ou função integrativa, que iria pautar a escolha do me-

lhor caminho interpretativo diante de dúvidas sobre alguma cláusula contratual. Em suma, as mencionadas funções da boa-fê objetiva possuem como ponto em comum, o objetivo de conceber relações contratuais imbuídas de cooperação e respeito mútuo.

Apoiamos o entendimento de que a moral e os bons costumes não devem ser utilizados como aspectos limitadores à autonomia privada, em virtude da variabilidade e fluidez dos seus conceitos. Pautar a liberdade negocial em juízos morais e em supostos ideais comportamentais pode privilegiar posições majoritárias impositivas acerca do conteúdo moral e comportamental e, como consequência, ignorar completamente a pluralidade social e cultural verificada hodiernamente.

As pesquisas realizadas para a produção deste trabalho evidenciaram e reiteram o professor Maurício Requião (2014, p. 89), que afirmou que “o uso da liberdade negocial-patrimonial constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta atual sociedade de consumo”. Contudo o seu uso, para que promova a realização da dignidade humana de forma adequada, deve observar as condicionantes que se ergueram ao longo do tempo.

Os contratos de prestação humorística, enquanto negócios jurídicos que envolvem direitos da personalidade reúnem tanto a autonomia privada como também a autonomia existencial, que corresponde, nas palavras do supracitado autor, à “liberdade do sujeito gerir a sua vida, sua personalidade, de forma digna”. Assim, precisam estar necessariamente em consonância com os valores comungados pela sociedade, garantindo tan-

to a liberdade dos contratantes como também a integridade de terceiros estranhos à relação contratual.

## 5. CONCLUSÃO

Embora o humor seja uma das formas de expressão mais inteligentes criadas pelo homem, voltada a provocar o riso nas pessoas, que é comprovado cientificamente como uma reação extremamente benéfica à saúde humana, trazendo, por exemplo, uma sensação de bem-estar com a liberação de serotonina, não deve ser vista como uma manifestação imune a qualquer tipo de restrição, inclusive quando realizada sob as vestes de negócio jurídico. Buscou-se neste trabalho, despertar uma reflexão pouco comum na sociedade que é a discussão sobre o humor e sua relação com a autonomia privada, desmistificando a ideia muitas vezes propagada de que qualquer limitação às formas de liberdade de expressão se caracteriza como censura, devendo, portanto ser veementemente afastada.:

Essa pesquisa vai justamente na contramão desse entendimento, demonstrando que os limites impostos pela lei, boa-fê objetiva e pela função social ao invés de prejudicarem o exercício da autonomia privada e da liberdade de expressão das pessoas, pelo contrário, as enriquece, fazendo com que elas sejam realizadas de maneira equilibrada e coerente. Como salienta João Paulo Capelloti (2014, p. 30) é preciso “discernir o humor constitucionalmente protegido de ofensa ensejadora do dever de indenizar”, e isso só pode ser feito a partir de uma análise contextualizada da manifestação humorística e da interpretação a partir desse contexto, funcionando portanto como

balizas a direcionar a decisão do juiz no confronto entre o humor e os direitos da personalidade. Desta forma, as decisões proferidas acerca do tema, além de passarem a apresentar uma referência em comum, funcionarão como “capítulos” de um romance jurídico de que falava Dworkin e conseqüentemente construirão uma jurisprudência mais harmônica sobre essa questão.

Conclui-se destarte que, violar a dignidade humana ou direitos da personalidade de terceiros através da manifestação humorística, seja gratuitamente ou enquanto prestação obrigacional, é uma conduta ensejadora de responsabilidade civil, pois transborda o mínimo de tolerância exigido pela sociedade, devendo ser repreendida severamente. É preciso compreender que o gozo da autonomia privada aqui, não se exerce somente no momento da celebração dos contratos e estabelecimento das cláusulas contratuais, mas também durante o seu cumprimento, isto é, no momento em que o comediante está desempenhando o seu ofício.

Tanto a liberdade de expressão quanto a negocial são garantias constitucionais de importância notória para a sociedade moderna e os contratos de prestações humorísticas são exemplos claros das novas modalidades de relação contratuais surgidas ao longo da história. Entretanto, uma lição deve ser lembrada no exercício de ambas as liberdades: o riso não deve ser alcançado a custo de lesão e desrespeito ao outro. Já dizia o ilustre e sempre bem-humorado escritor Luís Fernando Veríssimo que “a ofensa não é imprescindível para o humor, mas a irreverência é”, e este trabalho concorda plenamente com isso.

## 6. ANEXO

Charge do cartunista Henfil que ilustra a época da Ditadura Militar



**Fonte:** <<http://www.newsrondonia.com.br/noticias/vem+pra+rua+p+rotestos+no+brasil+sao+retratados+em+charges/34080>>. Acesso em 07/06/2015.

## 7. REFERÊNCIAS

ANJOS, Marco Antônio dos. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim / Coordenação Renan Lotufo).

- CAPELOTTI, João Paulo. O humor entre a crítica social e o dano. *Revista dos Tribunais — Caderno Especial: Jurisprudência*, ano 103, v. 939, dez. 2014, p. 28-59.
- CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 1: Teoria geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Albolote: Comares, 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- O RISO DOS OUTROS*. Dir. Pedro Arantes. Prod. Angelo Ramos e Ricardo Munster. Brasília, 2012. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY\\_qgd54](https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54)>. Acesso em: 14.12.2014.
- PICHONELLI, Matheus. *Humor Criminalmente Incorreto*. Revista Carta Capital, 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/humor-criminalmente-incorreto>>.
- REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia: reflexões e perspectivas*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.
- \_\_\_\_\_. Autonomias e suas limitações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 60, p. 85, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.





# Capítulo V

## A redução da maioria penal ao lume do minimalismo penal

### **Raissa Barreto Macedo**

Graduanda de Direito da Faculdade Baiana de Direito, 3º semestre.

### **Thais Rivera Duran Barreto**

Graduanda em Direito da Faculdade Baiana de Direito, 7º semestre.  
Graduanda em psicologia da UFBA, 6º semestre.



# A redução da maioria penal ao lume do minimalismo penal

**Resumo:** A redução da maioria penal é inconstitucional e inviável. O adolescente é um indivíduo em desenvolvimento, desse modo apresenta condições peculiares. Esse sujeito é tratado pelo ECA. A ressocialização no sistema brasileiro, apesar de prevista em lei, é inefetiva. Ademais, o sistema penal como um todo é contraditório e violento. Sendo ainda mais nefasto para o indivíduo em desenvolvimento, que por apresentar tal condição mostra-se mais vulnerável às influências negativas, a marginalização e o estigmatismo causados pelo encarceramento junto aos adultos. Defende-se uma intervenção penal mínima, já que o sistema penal, sobretudo o cárcere, é cruel e não tem legitimidade, devendo limitar-se sua intervenção a casos extremos e estabelecer penas mínimas. Os malefícios de tal sistema agravam-se no que tange aos adolescentes. Deve-se então, não se encarcerar esses indivíduos, sobretudo junto aos adultos, para alcançar-se a garantia de seus direitos e de seu desenvolvimento adequado junto a sociedade. Além de inviável e inútil a minoração da maioria penal é constitucionalmente vedado.

**Palavras-chave:** Maioridade penal. Desenvolvimento. Minimalismo penal. Ressocialização. Vedação constitucional.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Adolescência e seu tratamento no Estatuto da Criança e

do Adolescente: 2.1. Conceito e tratamento histórico de adolescência; 2.2. Desenvolvimento do adolescente e transgressão; 2.3. Estatuto da criança e do adolescente: direito penal juvenil? — 3. Função da pena e o minimalismo penal: 3.1. Função de ressocialização da pena e o sistema brasileiro; 3.2. Da deslegitimação do sistema penal ao minimalismo penal; 3.2.1. Minimalismo penal; 3.3. Ressocialização x minimalismo penal — 4. Redução da maioridade penal ao lume do minimalismo penal: 4.1. Prejuízo do encarceramento de indivíduos em desenvolvimento no sistema penal destinado a adultos; 4.2. Ressocialização dos jovens; 4.3. Minimalismo penal aplicado aos indivíduos em desenvolvimento; 4.4. Vedação Constitucional — 5. Considerações finais — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Esse estudo visa provar que a redução da maioridade penal é inviável e inconstitucional. Com esse fito, no primeiro item serão abordadas as condições peculiares do adolescente devido a estar em processo de desenvolvimento e o tratamento do ECA a esse indivíduo.

No capítulo seguinte será dado relevo a função de ressocialização, que apesar de prevista não é lograda no sistema penal brasileiro. Critica-se, destarte, o sistema penal contraditório e violento, entendendo-se que a solução para os problemas desse sistema consiste em uma intervenção mínima e garantista.

Esse diploma será concluído com a exposição dos fatos que inviabilizam o encarceramento de jovens no sistema penal adulto. Serão descritos, outrossim, os

meios adequados para a ressocialização juvenil. Para tanto, deve haver uma intervenção penal mínima, visando o respeito aos direitos fundamentais do adolescente a fim de que esse tenha um desenvolvimento saudável. Seguidamente, será abordada a vedação constitucional a minoração da maioridade penal.

Por fim, tecer-se-ão considerações finais sobre o tema, expondo os resultados e reflexões logrados por tal estudo.

## **2. ADOLESCÊNCIA E SEU TRATAMENTO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **2.1. Conceito e tratamento histórico de adolescência**

A ideia e o conceito de adolescência foram sendo desenvolvidos e transformados ao longo da história, mudando conforme a cultura e o pensamento de cada sociedade. Se nas sociedades mais antigas a existência adulta era antecipada pelo compromisso profissional e, portanto, a ideia de adolescência praticamente inexistia como aduz Shecaira, na pós-modernidade o conceito de adolescência se torna muito mais forte e com um grande prolongamento.<sup>1</sup>

Na Antiguidade Grega, o estabelecimento de faixas etárias, como se faz na contemporaneidade, não era imprescindível para se organizar a sociedade<sup>2</sup>, fazendo praticamente inexistir a ideia de adolescên-

1 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas e garantias e o Direito Penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

2 ALVES, Cândida *et al.* Adolescência e maioridade penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. *Revista Psicologia Política*, São Paulo, v. 9, n. 17, jun. 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext)>.

cia. Terminada a fase da infância, o adolescente era obrigado a adquirir posturas e responsabilidades próprias do adulto.

A ideia de adolescência que temos hoje nasce com a Revolução Industrial, devido à necessidade de se buscar uma mão-de-obra habilidosa e ao mesmo tempo maleável. O adolescente, já não mais criança e ainda não adulto, era o protótipo desse indivíduo em processo de formação que se buscava para preencher as vagas de trabalho nas indústrias. E assim nasce o conceito de adolescente como sendo um potencial a se desenvolver e que necessita de investimentos.<sup>3</sup>

Na medida em que se entende o adolescente como possibilidade de vir a ser um indivíduo rentável, produtivo e obediente (o que espera o sistema capitalista), surge a visão desse mesmo indivíduo como um “perigo em potencial”, como afirmam Alves et al. E dessa forma, cria-se a ideia de que o adolescente necessita constantemente de vigilância e instrução, para que esse potencial venha a se desenvolver nos moldes do que espera o sistema. Sob essa ótica de vigilância, nasce a obrigatoriedade do sistema de ensino e a institucionalização, a fim de submeter a esses adolescentes um controle social.<sup>4</sup>

O adolescente, no ordenamento pátrio, é aquele que tem idade compreendida entre doze e dezoito anos, já as suas definições não são tão taxativas e simples de compreender. Shecaira aponta o período da adolescência como um período em que os jovens afrontam a dupla tarefa psicossocial: a da separação da família

---

3 Idem.

4 Idem.

e da formação de um conceito de si. Vê-se, que nessa fase, as condutas dos adolescentes estão voltadas para uma afirmação pessoal, para uma construção identitária e, portanto, exprimem um comportamento experimental e transitório. São muitos os delitos associados a essa idade, mas estes significam muito mais uma busca de afirmação pessoal do que uma futura criminalidade adulta. Por isso Shecaira defende que uma forma de inclusão desses adolescentes é tirar esses atos juvenis da categoria de “crimes” e entendê-los como um “comportamento jovem normal”, pois não se justifica a necessidade de intervenção estatal quando o problema deve ser sanado com a educação.<sup>5</sup>

Mas explicar o comportamento transgressor do adolescente apenas do ponto de vista da normalidade do desvio na adolescência só mostra um lado da moeda<sup>6</sup>, visto que as condições estruturais e sociais em que se encontram os adolescentes também podem ser vistas como causas dessa transgressão. Uma sociedade que prega determinados valores mas que não concede estrutura para que eles possam ser alcançados faz resultar em comportamento de rebeldia por aqueles que são impossibilitados de se coadunarem a estes valores.

Shecaira alega que, observando o tratamento penal que se dá a estes adolescentes na história da humanidade, nota-se que as civilizações possuem ora tendências diferenciadoras, ora não diferenciadoras para responsabilizar os atos de jovens e adultos.<sup>7</sup> No Brasil, a etapa não diferenciadora se estendeu até o século XX. Antes

---

5 SHECAIRA, op. cit., p. 21.

6 Idem.

7 Idem.

disso, os menores autores de fatos delituosos eram tratados como adultos e encarcerados nas mesmas instituições, submetidos a uma total promiscuidade.

A etapa diferenciada se inicia com o Código de Menores de 1927, em que, ao menos em tese, os “menores em situação irregular” eram tratados por instituições e leis especiais. É o começo de um Direito Penal Juvenil próprio e extinguidor da promiscuidade. Entretanto, a doutrina da situação irregular não fazia distinção entre os menores necessitados de proteção e os menores necessitados de reforma: Não dependia que o menor praticasse uma figura típica do Código Penal para que fosse sujeitado a medidas de proteção ou assistência. Apenas as suas circunstâncias pessoais, familiares e sociais poderiam ser motivos de aplicação de uma medida, fazendo esse Direito Penal Juvenil se configurar como um verdadeiro Direito Penal de autor, como aponta Sérgio Salomão Shecaira.<sup>8</sup>

A etapa garantista se inicia com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo regulamentado em 1990 o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), nascendo, assim, o sistema de proteção integral. Este sistema apresenta todos os princípios e garantias referentes ao Direito Penal comum, mas não deixa de possuir alguns princípios específicos, que serão abordados mais adiante.

Para se pensar no tratamento atual do adolescente, necessita-se, de antemão, compreender o fenômeno da adolescência e as suas peculiaridades. Como alegam Schoen-Ferreira, Aznar-Farias e Silveiras, deve-se entender a adolescência como uma cons-

---

8 Idem.



trução identitária do indivíduo, como uma transição para um período de maturidade (fase adulta).<sup>9</sup>

## 2.2. Desenvolvimento do Adolescente e transgressão

Segundo Alves et al, apesar de haver uma tendência de naturalização e universalização do conceito de adolescência, para a psicologia do desenvolvimento não há dúvidas de que o fenômeno da adolescência depende do contexto histórico e sociocultural<sup>10</sup>. Tal entendimento é coadunado pelo clássico estudo de Aries, referido por Costa et al.<sup>11</sup>

A questão predominante na adolescência, como aduzem Schoen-Ferreira, Aznar-Farias e Silveiras, consiste na construção identitária, o que implica na passagem da adolescência para um período de produção e maturidade, a fase adulta, como já foi dito.<sup>12</sup> A constituição da identidade é influenciada tanto por fatores interpessoais (biológicas e ligadas a personalidade), quanto por fatores interpessoais e culturais.<sup>13</sup> Tal ideia é reafirmada por Alves et al que

9 SCHOEN-FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos. A Construção da identidade em adolescentes: um estudo exploratório. *Estudos de Psicologia*, 2003, v. 8, n. 1, p. 107-115. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17240.pdf>>.

10 ALVES, Cândida et al, op. cit.

11 COSTA, Liana Fortunato et al. Adolescente em conflito com a lei: o relatório psicossocial como ferramenta para promoção do desenvolvimento. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 16, n. 3, jul./set. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-7372201100300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-7372201100300005&script=sci_arttext)>.

12 SCHOEN-FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos, op.cit.

13 COSTA, Liana Fortunato et al, op. cit.

acrescenta a confusão de papéis como característica marcante de tal fase.<sup>14</sup>

O adolescente, esta construindo gradualmente sua identidade, tratando-se de um indivíduo em desenvolvimento. Nesse sentido, para Alves et al, o adolescente, é visto como um potencial a ser desenvolvido e moldado, tanto para a produtividade econômica ou mesmo para a delinquência, como já foi citado alhures. A adolescência é desse modo, o período de transição no qual é gestado o futuro adulto. Por isso há um grande investimento no adolescente, a comunidade adulta atua nesse sujeito, no sentido, a impedir que ele se corrompa e a conformá-lo na moral tida como adequada.<sup>15</sup>

Como assinalam os supraditos autores, a adolescência é uma fase de vulnerabilidade na qual o indivíduo deve ser frequentemente vigiado e controlado pela sociedade para que não se desvie, o que lhe é imputado como sua tendência natural. Assim, se logrado tal interesse social, o adolescente tornar-se-á um indivíduo disciplinado, obediente e produtivo, que atende os interesses da sociedade capitalista produtivista.<sup>16</sup> Como corrobora Stanley Hall a adolescência é um período de agitação hormonal, no qual os adolescentes requerem, simultaneamente liberdade para extravasar seu potencial explosivo e um maior controle, disciplina social.<sup>17</sup>

---

14 ALVES, Cândida et al, op. cit.

15 Idem.

16 Idem.

17 ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato Sérgio de. O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 4, out./dez. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci_arttext)>.

Contudo, tal visão deve ser mediada por questões referentes ao contexto social e cultural que influenciam, como já citado, tal fase do desenvolvimento. Não se pode falar da construção de uma adolescência, mas sim da construção de várias adolescências, mediada por questões sociais históricas e econômicas<sup>18</sup> presentes nos diferentes contextos de desenvolvimento. A criminalidade no Brasil, assim como a incidência do sistema penal, nessa e nas demais faixas etárias é mais pregnante nas classes economicamente desfavorecidas.

Nesse sentido, sinalam Monte et al, que muitos adolescentes brasileiros, sobretudo os que provêm das camadas sociais mais carentes, têm seus direitos humanos violados, se encontrando em situação de riscos sociais e mazelas.<sup>19</sup> Nada obstante, como corrobora o STF no acórdão 11.43045 de 2012, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, sirva de alicerce para o seu desenvolvimento e preservação de sua dignidade e integridade.<sup>20</sup>

Hodiernamente, tem havido na sociedade e na mídia uma ampla discussão sobre a redução da maior idade penal, contudo tal medida seria apenas

---

18 ALVES, Cândida et al, op. cit.

19 MONTE, Franciela Félix de Carvalho et al. Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte: Associação Brasileira de Psicologia Social, v. 23, n 1, p. 125-134, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23n1/a14v23n1.pdf>>.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1143045. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, n. 85, 02 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1961747&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2085%20-%2002/05/2012>>.

paliativa, pois não incidiria no cerne do problema, que é a não efetivação dos direitos fundamentais dos adolescentes a real causa da criminalidade juvenil. A pobreza, a marginalidade e a negação de seus direitos constitucionais fundamentais aos jovens, levam-os a cometer infrações. Tal visão é ratificada por, como aludem Adorno, Bordini e Lima, pesquisas realizadas nos estados Unidos, desde o século passado mostraram que a pobreza e a falta de inserção social eram fatores que influenciavam a criminalidade juvenil.<sup>21</sup>

A redução da maioria penal, como mencionam Monte et al, é criticada por aqueles que defendem que infantes e adolescentes devem ser vistos como indivíduos em desenvolvimento, com questões e necessidades específicas.<sup>22</sup> Avigorando esse entendimento, Bosma indica que a adolescência é um período de desenvolvimento da identidade, que comporta diversas mudanças. Apenas quando o indivíduo logra o funcionamento cognitivo adulto é capaz de tratar de questões abstratas tais como estilo e filosofia de vida. Além de questões morais, que possuem um cunho inegavelmente abstrato. De acordo com tal autor, o adolescente tornar-se consciente, de forma gradual, da irreversibilidade de suas escolhas.<sup>23</sup>

Deve haver, por conseguinte, medidas que assegurem a educação e orientação dos adolescentes. Seguindo tal vertente, o Conselho Federal de Psico-

---

21 ADORNO; BORDINI; LIMA, op. cit.

22 MONTE et al, op. cit.

23 BOSMA apud SCHOEN-FERREIRA; Tereza Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos, op. cit.

logia afirma que a pretendida redução serviria muito mais para encobrir os problemas sociais e falta de assistência do que para reduzir o índice de criminalidade juvenil.<sup>24</sup>

Em outro sentido, como indigitam Adorno, Bordini e Lima, a representação social do adolescente, alicerçado pela mídia, tem provocado pânico social. Os adolescentes são vistos como irresponsáveis, de liberdade incontrollável, negligentes, vulneráveis a más influencias e imaturos. A mídia tem veiculado cada vez mais crimes vinculados a autores menores, questiona-se se isso indica um aumento no índice de criminalidade juvenil ou um uma distorção da cobertura midiática de tais eventos.<sup>25</sup> Referente a esse tema, a UNICEF em 2002, apontou que a incidência de atos infracionais praticados por adolescentes representa menos que 8% do numero absoluto de crimes praticados no Brasil. Tal instituição aponta, outrossim, que 75% das infrações cometidas por jovens é de cunho patrimonial.<sup>26</sup>

A pobreza é uma das circunstancias que mais influenciam a criminalidade juvenil. Pois, como apontam Monte et al, o perfil do jovem que comete atos infracionais é semelhante ao dos grupos socialmente vulneráveis, marginalizados quanto ao acesso a condições de vida dignas e ao acesso a políticas públicas.<sup>27</sup> Tais condições de vida digna devem ser asseguradas pelo Estatuto da criança e do adolescente.

---

24 MONTE et al, op. cit.

25 ADORNO; BORDINI; LIMA, op. cit.

26 MONTE et al, op. cit.

27 Idem.

### **2.3. Estatuto da Criança e do Adolescente: direito penal juvenil?**

Como foi visto alhures, o Estatuto da Criança e do Adolescente surge em 1990, após a promulgação da Constituição de 1988. Segundo Shecaira, esse Estatuto se configura como uma norma especial para responsabilizar os adolescentes infratores, como um subsistema penal que é regido pelas garantias processuais e direitos fundamentais, mas que aflora dele princípios específicos.<sup>28</sup>

Para Karyna Sposato, apenas uma parcela do ECA corresponde ao Direito Penal juvenil: aquela correspondente às medidas socioeducativas. O Direito juvenil é muito mais abrangente, prevendo políticas de base e de proteção especial para a garantia os direitos fundamentais da criança e adolescente. Como afirma a autora, são as políticas públicas o grande instrumento de efetivação dos direitos da infância e adolescência.<sup>29</sup> O Direito Penal juvenil, assim, possui um caráter subsidiário e fragmentário, constituindo a ideia de que a função primordial do Direito juvenil não é o castigo e sim garantir os direitos fundamentais para evitar a reincidência de crianças e adolescentes em conflito com a Lei.

O ECA tem como objetivo primordial, a garantia do desenvolvimento integral da criança e do adolescente, conforme dispõe o art. 3º do Estatuto. Esse desenvolvimento não só perpassa pelas condições físicas e biológicas, mas refere-se também ao desenvolvimento men-

---

28 SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit.

29 SPOSATO, Karyna Batista. *O direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

tal, social e moral da criança e adolescente. O meio para se assegurar esse desenvolvimento social e moral é através da integração social, como bem afirma Piaget em seu estudo sobre a Psicologia Moral. O sujeito se desenvolve e constrói seu conhecimento em contato com os objetos sociais e físicos<sup>30</sup>, portanto, as concepções morais da criança e do adolescente só serão construídas por meio da interação social, possibilitando a tomada de consciência moral de forma autônoma.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente propõe políticas públicas que visem fortalecer os vínculos sociais, as quais tentam manter o adolescente o mais próximo possível do convívio familiar e comunitário, se coadunando com o pensamento de Piaget de que a forma de o sujeito internalizar as normas sociais é por meio da inserção na sociedade.

Um dos grandes marcos diferenciais do ECA em relação à etapa tutelar é a absorção do princípio da legalidade. Neste Estatuto, é taxativo que os adolescentes só poderão ser punidos ao praticarem um Ato infracional, o qual se configura como a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 de Lei 8.069/90). Dessa forma, é abolida a possibilidade de aplicação de medidas àqueles considerados “menores carentes”, sem estes terem praticado qualquer conduta delituosa, como era frequente na Etapa Tutelar. Percebe-se assim, que o princípio da legalidade possui uma função essencialmente garantista, como bem afirma Shecaira.<sup>31</sup>

---

30 MONTE et al, op. cit.

31 SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit.

Os princípios da humanidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da responsabilidade subjetiva, etc, são todos eles assegurados no ECA. Mas a razão de ser desse Estatuto se justifica pelos seus dois princípios exclusivos: O da condição peculiar da criança em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente.

A partir do princípio da condição peculiar da criança em desenvolvimento, tem-se a consequência de que as políticas e medidas destinadas aos jovens devem ser especiais, justamente pela sua desigualdade em cotejo com o adulto, adquirindo o seu estatuto ontológico próprio.<sup>32</sup>

Como mencionado anteriormente, a adolescência é um período turbulento, cheio de transformações necessárias para a criação de uma identidade pessoal e para a inserção social, e por isso deve ser tratada pelas autoridades com absoluta prioridade. Reconhecer essa condição peculiar do adolescente é reconhecer que ele deve ser tratado diferentemente dos adultos, não cabendo assim a proposta de redução da maioridade penal, como será examinado ao longo desse diploma.

O princípio do melhor interesse do adolescente, como afirma Karyna Batista Sposato, tem por objetivo atenuar restrições de direitos que seriam próprias do Direito Penal comum e reduzir ao mínimo possível a utilização das medidas socioeducativas, já que estas, como bem defende a autora, representa uma resposta penal (que deve ser subsidiária). Esse princípio determina que, no exame dos casos, não é o clamor social

---

32 SPOSATO, Karyna Batista. op. cit.



pela defesa e segurança pública que deve preponderar, mas sim o interesse e o bem-estar do jovem.<sup>33</sup>

Esses dois princípios especiais carecem de consolidação pela jurisprudência e prática das instituições.<sup>34</sup> Eles sofrem mitigações na medida em que é admitida, pelo estatuto, a privação de liberdade ao adolescente através da medida de internação, visto que encarcerar o jovem faz interromper o seu processo de desenvolvimento social, o que evidentemente viola os princípios da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse do adolescente.

A medida socioeducativa prevista no ECA cumpre o mesmo papel de controle social da pena, possuindo as mesmas finalidades e conteúdo, apresentando assim uma natureza penal.

Karyna Batista Sposato afirma que a existência histórica de um Direito Penal juvenil foi negada, com o intuito de mascarar a sua realidade punitiva, já que tais medidas previstas no Direito juvenil em quase nada se diferem das penas. A autora aduz que a adoção do conceito de inimputabilidade que promove a possibilidade da imposição da pena criminal, porque, com a má interpretação desse conceito, os inimputáveis são visto como inferiores, e fundando-se na ideia de periculosidade, o discurso corretivo e autoritário por parte do Estado é justificado.<sup>35</sup>

Shecaira alega que apesar da medida socioeducativa ser, em tese, uma sanção de caráter pedagógico

---

33 Idem.

34 Idem.

35 SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit, p. 189.

e educativo, a sua referencia é sempre a da pena e, portanto, a sua substância é penal.<sup>36</sup>

As medidas socioeducativas estão previstas no Artigo 112 do ECA, são elas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida; regime de semi-liberdade; e internação. Shecaira aponta que uma pena cumprida em meio aberto, com fiscalização estatal ou comunitária pode vir a ser muito mais eficiente para a ressocialização do jovem do que uma privação de liberdade que se limita a ser um depósito de infratores. Sabe-se que a punição, por si só, não diminui a criminalidade juvenil, pois esta precisa estar acompanhada de um processo socioeducativo que permita ao jovem reconhecer seus próprios atos.

### **3. FUNÇÃO DA PENA E O MINIMALISMO PENAL**

#### **3.1. Função de ressocialização da pena e o sistema brasileiro**

No Código Penal Brasileiro, o *caput* do art. 59 prevê que as penas possuem a função de reprovar o mal causado pelo agente infrator e de prevenir futuras infrações. Nesse sentido, o ordenamento pátrio entende, a pena como um meio de ressocialização do indivíduo com o fim de prevenir que outros delitos sejam cometidos.

Assim, a pena presta-se, sobretudo, à prevenção especial positiva dos delitos, em que a função da pena recai sobre o indivíduo que já delinuiu, com a missão de fazer com que esse autor desista de cometer futuros

---

36 Idem.

delitos, bem como afirma Roxin.<sup>37</sup> Percebe-se então, que aqui a pena tem uma função de ressocialização, fazendo com que o agente medite diante do fato cometido, reflita suas consequências e não pratique mais outros crimes. Em suma, a pena possui o fim de recuperar o condenado, fazendo sua reinserção na sociedade.<sup>38</sup>

Entretanto, não há possibilidade de reinserir o indivíduo na sociedade retirando-o do convívio social e o colocando em sociedades a parte da sociedade, como será visto alhures. E ainda há menos chances quando isso é buscado a partir de um sistema penitenciário falido como o do Brasil. A seletividade, a estigmatização, a potencialidade criminalizante do meio prisional e a carência de uma estrutura adequada fazem dessa função ressocializadora totalmente falha. E Assim, a privação da liberdade do indivíduo acaba tendo um efeito inverso do qual se pretendia.

Ronaldo Leite Pedrosa alega já estar desgastada a afirmação de que a cadeia apenas destrói um pouco mais do ser humano. Como afirma, se gasta muito para piorar as pessoas, com o sistema carcerário.<sup>39</sup>

### **3.2. Da deslegitimação do sistema penal ao minimalismo penal**

Nesse item convém contemplar a deslegitimação do discurso penal, devido a seu descrédito e insus-

---

37 ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. v. 1: Fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

38 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 474.

39 GRECO, op. cit, p. 470-480.

tentáveis contradições. O nosso sistema penal atua de modo seletivo e violento, seguindo uma lógica de guerra. Cumpre, também, analisar o minimalista penal, como via alternativa, ao sistema penal violento e letal que vigora hodiernamente. Para, portanto, concluir-se a deslegitimidade do sistema carcerário, que gera aflição desnecessária, além de violar os direitos fundamentais, como é visto na realidade brasileira.

Como sinala Zaffaroni, há uma grande contradição entre a operacionalidade real dos sistemas penais e o modo como os discursos jurídico-penais supõe que eles atuem, pois os órgãos que deveriam efetivar a programação normativa atuam de forma completamente diferente do que está previsto.<sup>40</sup> Esse abismo entre o discurso jurídico penal — o que está previsto na norma — e a realidade do sistema penal pode ser contemplado na inefetividade da função de ressocialização, estudada alhures.

Como aduz o supracitado autor, há uma crise do sistema penal, devido ao esgotamento do discurso jurídico penal e de suas ficções gastas. Esse descrédito no sistema penal se dá devido a suas contradições gritantes, nas quais não há uma tutela efetiva da vida, pois os sistemas penais atuam com tamanha violência que provocam mais mortes do que a criminalidade em si. Além disso, o sistema penal é omissivo em questões como o aborto, os homicídios de trânsito e as carências e misérias, principais causas de morte

---

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

na América Latina.<sup>41</sup> Desse modo, devido a sua ação e a suas omissões o sistema penal é responsável por um sobejo genocídio, como afirma o autor portenho, o fator morte caracteriza o exercício de poder nos sistemas penais vigentes.<sup>42</sup>

Zaffaroni acrescenta que o sistema penal, por na ter racionalidade e não operar de acordo com a legalidade (programação legislativa), atua de forma arbitrária e com um grande nível de seletividade. Os oragos executivos do sistema penal, que são as unidades que realmente detêm o poder nesse sistema, selecionam os setores mais vulneráveis da população e sobre esses exerce seu violento poder punitivo. O fato de haver tal seletividade — só há repressão em um numero ínfimo das hipóteses cominadas- atesta a falta de legalidade processual desse sistema.<sup>43</sup>

Como corrobora Zaffaroni devido a seletividade do sistema penal e a impunidade dos grupos que não são vulneráveis a esse sistema, mostra que o escopo desse sistema é conter determinados grupos e não reprimir o delito.<sup>44</sup> O estado exerce o seu *jus puniendi* de forma mais contundente nas classes mais desprovidas, como atesta o ilustre portento, a violência contumaz do sistema penal recai, sobretudo, aos habitantes das favelas, tratando-se de um genocídio em andamento.<sup>45</sup> Como coaduna Foucault, a lei é feita por um grupo seleta (as classes mais abastadas) e

41 Idem, p. 13-39.

42 Idem, p. 39.

43 Idem, p. 27.

44 Idem, p. 40.

45 Idem, p. 125.

aplicada as classes menos esclarecidas e mais numerosas.<sup>46</sup> Nesse sentido, Pastana afirma que os juizes brasileiros só promovem o confinamento violento das classes populares.<sup>47</sup>

Tal como a guerra, como sinala o pensador argentino, o sistema penal é um fato de poder, uma manifestação de poder que não pode pretender nenhuma racionalidade.<sup>48</sup> Esse sistema consiste em um aparelho de terrorismo estatal.<sup>49</sup> Tanto a guerra quanto o direito penal tem função verticalizante e disciplinadora. Assim como na guerra o sistema penal seleciona inimigos (inimigos políticos) e os exhibe como inimigos de guerra da maioria, tais inimigos são selecionados nas classes mais vulneráveis com base em estereótipos.<sup>50</sup> Os inimigos de guerra são selecionados dentre aqueles indivíduos que não são convenientes aos interesses do sistema capitalista, aqueles que pouco produzem e pouco consomem. Desse modo, o sistema penal serve como política higienista limpando a sociedade de tudo aquilo que não lhe convém.

O direito penal e a guerra são os meios mais violentos que existem para o exercício de poder e o direito penal é visto como única forma de alcançar a paz, através da guerra ao crime. Inobstante a isso, como

---

46 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p.126.

47 PASTANA, Debora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 32, fev. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000100008&script=sci_arttext)>.

48 ZAFFARONI, op. cit. p. 202.

49 Idem, p. 200.

50 Idem, p. 221-222.

foi supradito, o sistema penal fornece apenas soluções ilusórias e só produz na realidade mortes, degradação e destruição da sociedade, tal qual a guerra.<sup>51</sup>

A pena tampouco tem uma função diferente da manifestação de poder desse sistema violento e arbitrário. Isso se dá, pois, diferentemente da privação de um bem ou direito para servir de reparação presentes nos modelos de solução de conflito dos demais ramos do direito, a pena trata-se de um sofrimento ou privação que não resulta em solução de conflito.<sup>52</sup>

Apesar de o sistema penal estar totalmente deslegitimado como evidenciam os próprios fatos, há importantes mecanismos que tentam legitimar tal sistema. Os meios de comunicação em massa são instrumentos que alicerçam o discurso penal, pois induzem na população os medos desejados e doa uma ilusão de eficácia desse sistema, mostrando que a única ameaça a existente a segurança pública é a criminalidade e ocultando a real e mais violenta ameaça a tal segurança, que consiste no próprio sistema de punição.<sup>53</sup>

O nosso sistema penal, devido às características supramencionadas, é incompatível com a ideologia dos direitos humanos.<sup>54</sup> Dessa forma, urge encontrar uma via alternativa. Propõe-se, então, um modelo penal mínimo, que minimize as violências praticadas pelo sistema vigente e garanta os direitos fundamentais de todos os indivíduos ligados a esse sistema.

---

51 Idem, p. 220-222.

52 Idem, p. 204.

53 Idem, p. 127-129.

54 Idem, p. 147.

Como alude Zaffaroni, devido à deslegitimação do sistema penal, surgiram duas correntes de propostas político-criminais: a proposta de abolição de sistema, o Abolicionismo Penal<sup>55</sup> e a proposta de contração desse sistema o Minimalismo Penal. Essa ultima corrente, assim como o abolicionismo, afirma a deslegitimidade do sistema penal. Contudo, nega esse sistema tal como esse vigora na atualidade, propondo, para substituí-lo um modelo penal mínimo, que considera um mal menor necessário.<sup>56</sup>

### **3.2.1. Minimalismo penal**

Ferrajoli<sup>57</sup>, em seu utilitarismo reformador, é partidário da intervenção penal mínima. Esse autor atribui as penas uma função dupla: a prevenção geral dos delitos, que determinara o limite mínimo das penas e a prevenção de reações desproporcionais<sup>58</sup> e das penas arbitrárias. Tal prevenção, por sua vez, fixaria o limite máximo das penas. Desse modo, garante-se o

---

55 O abolicionismo penal defende a impossibilidade de legitimar qualquer sistema penal atual ou futuro, desse modo tal sistema defende que não deve haver sistema penal. Já para o minimalismo penal, o sistema em vigor deve ser trocado por outro mínimo, que seria indispensável para a organização social.

56 Idem, p. 88-89.

57 Zaffaroni, contrariamente a Ferrajoli, não crê, apenas, “na irracionalidade de nossos sistemas penais vigentes e operantes”. “O autor portenho vai além de tal entendimento, pois, acredita” na impossibilidade radical de se legitimar qualquer sistema penal, inclusive futuro e mínimo que seja, ou seja, no abolicionismo penal. Para ele a contração do direito penal seria uma etapa que culminaria no abolicionismo penal. A partir da deslegitimidade do sistema penal, faz-se necessária uma resposta marginal própria da América Latina, considerando as suas peculiaridades.

58 ZAFFARONI, op. cit., p. 96.



interesse da população não desviada através da prevenção geral, assegurando-se também, o interesse do réu, suspeito ou acusado, mediante a prevenção das reações sem controle.<sup>59</sup>

Portanto, a partir dessa dupla função, o minimalismo penal seria a lei do mais fraco, pois representa sempre uma defesa do fraco contra o forte. Sendo assim, o direito penal mínimo, defende a vítima face o delinquente, e o delinquente face à vingança.<sup>60</sup> Nesse sentido, como aduz Paulo Queiroz, essa lei se dirige a proteção dos direitos fundamentais do mais débil contra a violência do mais forte.<sup>61</sup> Nesse sistema, como sinala Zaffaroni, a pena é justificada por ser um mal menor, que seria fixada a partir de um cálculo que balanceasse o custo da anarquia punitiva e o custo do direito penal.<sup>62</sup>

Como alude Paulo Queiroz, de acordo com Ferrajoli o direito penal seria justificável, devido a ser necessário para prevenir as reações informais, tutelando o inocente e minimizando a reação ao delito. Esse fim é o que fundamenta um direito penal mínimo e garantista. O direito penal deve, desse modo, garantir o máximo de bem-estar possível aos não desviados e o mínimo de mal estar possível aos desviados.<sup>63</sup> Já que,

---

59 QUEIROZ, Paulo de Souza. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 7, n. 9, jan./dez. 1998, p. 58.

60 ZAFFARONI, p. 96.

61 QUEIROZ, op. cit., p. 59.

62 ZAFFARONI, p. 96.

63 Isso corresponde a um modelo intermediário entre o modelo máximo de direito penal e o abolicionismo, sendo portanto o modelo mínimo. (QUEIROZ, op. cit., p. 60).

deve administrar o conflito de interesses entre o ofendido e o imputado, com o fito de controlar a violência, minimizando-a, e de coibir o arbítrio e a desproporcionalidade. Devido a isso, Ferrajoli prega a redução progressiva das penas privativas de liberdade, já que essas são baldadamente aflitivas e excessivas.<sup>64</sup>

Nessa mesma vertente, como indica Paulo Queiroz citando Ferrajoli, o Direito penal deve ser maximamente conformado e limitado. Esse direito deve ser limitado a situações de extrema necessidade e deve impor a pena mínima necessária, a fim de tutelar a liberdade dos indivíduos contra o *ius puniende* do estado. Tal direito penal também deve ser garantista, a fim da afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos frente a potestade punitiva do estado. O direito penal deve, portanto, ser um instrumento de tutela dos direitos fundamentais.<sup>65</sup>

Desse modo, deslegitima-se qualquer sistema penal violento,<sup>66</sup> seletivo, que impute aos desviados uma pena cruel e aflitiva, cuja efetividade como forma de prevenção ou ressocialização é inexistente. Tampouco é legítimo o modelo carcerário, sobretudo, em um cenário degradante e violento, no qual os direitos humano-fundamentais dos apenados são constantemente violados. Nosso sistema atual vigente não é legítimo, há uma grande contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade de nosso sistema, tal qual sinala Zaffaroni. Nossas leis tampouco visam uma intervenção penal mínima, degradando o imputado e comprometendo sua saúde social e sua dignidade. O nosso

---

64 QUEIROZ, p. 59-60.

65 Idem, p. 59-60.

66 Idem, p. 61.

sistema penal deveria, como defende Ferrajoli, promover os direitos fundamentais, contudo os infringe quotidianamente e de forma ampla.

Nesse sentido, como afirma Campos, o sistema carcerário causa um efeito danoso e estigmatizantes sobre os que estão a ele sujeitos, pois esses são etiquetados como delinquentes.<sup>67</sup> O que é corroborado por Foucault, que afirma que a prisão engendra os delinquentes.<sup>68</sup>

Se o sistema carcerário, condenado por Ferrajoli, como foi supradito, já é extremamente degradante para os adultos. O que se poderá dizer, então, quanto aos danos que esse provoca aos adolescentes, cuja peculiaridade de estarem em um período de desenvolvimento os coloca em uma condição ainda mais frágil e delicada. Nesse momento, a violação á seus direitos fundamentais infligem ainda mais sofrimento subjetivo, sendo um risco para uma formação de uma identidade saudável e autodeterminada.

### **3.3. Ressocialização x Minimalismo Penal**

Nesse capítulo cumpre explicitar que devido à impossibilidade de haver ressocialização no sistema carcerário — devido aos motivos expressos alhures e o que será discorrido nesse item — deve haver uma intervenção penal mínima. A ressocialização é inviável em virtude da própria estrutura do sistema carcerário, o que se agrava ainda mais no cenário prisional brasileiro.

---

67 CAMPOS, Carmem Hein de. Juizados especiais criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci_arttext)>.

68 FOUCAULT, op. cit., p. 241.

Como aduz Goffman, a prisão trata-se de uma instituição total e autoritária<sup>69</sup>, desse modo o cárcere retira a autonomia do indivíduo quanto às decisões mais básicas de sua vida (hora de comer, hora de dormir, etc). Além disso, o encarceramento retira o indivíduo do convívio social. Nada obstante, não parece logicamente possível, realmente, reintegrar um indivíduo a sociedade se lhe é retirada a autonomia e o convívio social.

Ademais, outra questão que inviabiliza a ressocialização no sistema carcerário é a formação de sociedades a parte da sociedade, o que é ocasionado pela estrutura do sistema privativo de liberdade. Como sinala Foucault, existe uma sociedade de criminosos organizada, que formam uma pequena nação dentro da grande nação, tais desviados se conheceram ou se encontraram nas prisões.<sup>70</sup> A prisão favorece a organização de um meio de apenados, hierarquizados, solidários entre si e prontos para crimes e cumplicidades futuras. Desse modo, acrescenta o filósofo francês, onde há prisão a uma associação, uma formação de um clube antissocial, na qual é feita a educação do jovem delinquente que cumpre sua primeira condenação.<sup>71</sup>

A prisão funciona como uma escola do crime, na qual os indivíduos institucionalizados trocam experiências e se associam, as relações sociais dentro da própria prisão dão azo a delinquência.<sup>72</sup> Isso esta

---

69 CUNHA, Elizangela Lelis da. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. *Cadernos Cedes*, Campinas, v. 30, n. 81, p. 157-178, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a03v3081.pdf>>.

70 FOUCAULT, op. cit., p. 223.

71 Idem, p. 254.

72 PASTANA, op. cit.

presente de forma marcante na sociedade brasileira, como coaduna Pastana, nosso sistema prisional é estigmatizaste e serve como ponto de reunião, organização e disseminação da criminalidade.

Esses indivíduos são retirados abruptamente de seu *ethos*, como indica Zaffaroni, o sistema penal provoca uma destruição das relações horizontais e comunitárias.<sup>73</sup> Devido a isso, os sujeitos encarcerados se veem forçados a construir relações, uma sociedade, no próprio sistema carcerário, a fim de suportarem as mazelas da privação da liberdade. Não se pode ressocializar nesse contexto de uma sociedade de crime à margem da sociedade, não se pode readaptar um sujeito a sociedade quando se coloca esse nos supraditos clubes antissociais, não ha possibilidade de se reintegrar alguém a sociedade fora do convívio social, banido-o de sua família e comunidade.

Isso é acompanhado pelo fator da dificuldade do ex-presidiário de encontrar trabalho, devido à estigmatização social que esse sofre. Como coaduna Foucault, a vadiagem e a impossibilidade de encontrar trabalho são os fatores mais comuns da reincidência.<sup>74</sup> Nesse sentido, sinala Mariño, ha uma total falta de efetividade na prisão como instrumento que estimule nos apenados um comportamento dentro da lei, ou seja, a ressocialização. Aliás, ha uma suposta tendência no encarceramento de induzir o recidivismo.<sup>75</sup>

73 ZAFFARONI, op. cit, p. 15.

74 FOUCAULT, op. cit., p. 220-230.

75 MARIÑO, Juan Mario Fandiño. Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul./

Como acrescenta esse autor, a reincidência criminal é o signo do fracasso da ressocialização, consolidando a condição de exclusão social do infrator.<sup>76</sup> No sistema penal brasileiro ha um total fracasso do instituto da ressocialização, já que, como aponta Peluso, o índice de reincidência é igual a 70%.<sup>77</sup>

Nesse giro, como acrescenta Aury Lopes Jr, destaca-se que a criminalidade trata-se de um fenômeno complexo, que tem como causa um feixe de elementos, tais como fatores biopsicossociais. Portanto, o sistema penal tem um papel significativamente secundário em sua prevenção. Ademais, a falência da prisão é um fato inegável, posto que é inútil como elemento de prevenção e, tampouco, reeduca ou ressocializa. Tal resposta ineficiente ao crime, serve apenas para rotular e estigmatizar o condenado, como dito alhures, que ao fim do cumprimento da pena de cárcere encontrar-se-á em uma situação muito pior do que em seu início. Por conseguinte, o Direito Penal deve ser mínimo e a pena de prisão deve ser reservada, somente, para aqueles crimes muito graves. Contrariamente, o que deve ser máximo é o Estado Social, algo que nunca houve na realidade brasileira.<sup>78</sup>

Na prática do crime, como nota Pastana, ha uma identificação entre o crime e os desclassificados, ha-

---

dez. 2002, p. 220-244. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222002000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222002000200010&script=sci_arttext)>.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> AGÊNCIA BRASIL. Índice de reincidência criminal no país é de 70%, diz Peluso. *Valor Econômico*, São Paulo, 05 set. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>.

<sup>78</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

vendo desse modo, uma criminalização da pobreza.<sup>79</sup> Devido à seleção do nosso sistema penal, a maioria dos delitos punidos são aqueles praticados pelas classes mais carentes. O sistema penal seleciona e depois etiqueta, não parecendo, assim, visar a tão aclamada e socialmente pretendida ressocialização, que promoveria a paz e ordem social.

Dessarte, outro fator que contribui para a impossibilidade de ressocialização através do cárcere é o etiquetamento social. Como assevera Zaffaroni, na prisão ha um processo de estereotipização, no qual as pessoas são selecionadas pelo sistema penal devido ao fato de um estereótipo remeter ao cumprimento de um papel específico, essas pessoas acabam assumindo tais papéis, o papel de criminoso, e suspeito profissional, que será privado de sua liberdade periodicamente. Na América Latina o estereótipo se configura nos jovens de classe menos abastadas.<sup>80</sup>

Como, complementa Araujo, para a teoria do *labelling approach* a intervenção do aparelho penal repressivo induz no indivíduo o surgimento de um instinto criminoso e o início de uma provável carreira criminosa. Dessa maneira, coaduna a autora, a interferência estatal nos moldes atuais tende a incitar a criminalidade ao invés de conte-la. Por conseguinte, a repressão institucionalizada (sobretudo o encarceramento) só deve dar-se quando os demais mecanismos informais não logram êxito, pois essa é estigmatizante.<sup>81</sup>

---

79 PASTANA, op. cit.

80 ZAFFARONI, op. cit, p. 130-131.

81 ARAUJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. 2010. Dissertação (Mestra-

A ressocialização através da privação de liberdade, além de ser inviável pelos motivos estruturais colocados em relevo, é ainda mais difícil face às inadequações do sistema carcerário brasileiro, no qual há celas superlotadas, péssimas condições de salubridade, entre outros fatores que constituem uma violenta afronta a dignidade humana.

Conforme o exposto o encarceramento dá azo à reincidência e não a ressocialização, desse modo, urge uma intervenção penal mínima que aplique penas mais brandas. Tal intervenção deve preferir penas que mantenham e estimulem o indivíduo ao convívio com sua família e comunidade, ao invés de institucionalizado. A função pedagógica da pena, ante-estímulo a criminalidade, será de qualquer forma, sentida pelo apenado se ele cumprir uma medida que não o encarcere.

A intervenção penal deve danar o mínimo possível o imputado, impedindo assim que o seu sofrimento, exclusão, etiquetamento e marginalização acarretem em reincidência. Penas simbólicas, proporcionais e brandas, que não representem um fato de poder do Estado, mas sim uma tentativa de pacificação social perante a não quebra das relações intersubjetivas do condenado são muito mais efetivas. A pena deve, assim, evitar a reincidência e a as reações desproporcionais, não sendo ela mesma desarrazoada, apenas dessa maneira haverá uma diminuição nos índices de criminalidade e reincidência.

Além disso, apenas nos moldes do sistema penal mínimo, é possível que o aparelho penal promova os

---

do em Direito Penal) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256>>.



direitos humanos fundamentais, garantindo ao apenado condições de socialidade e dignidade. Assegurando, outrossim, a segurança social.

#### **4. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL AO LUME DO MINIMALISMO PENAL**

##### **4.1. Prejuízo do encarceramento de indivíduos em desenvolvimento no Sistema Penal destinado a adultos**

Cumpre, nesse item, analisar o prejuízo e problemas que seriam gerados a partir do encarceramento de jovens no sistema prisional destinado a adultos. Para isso, vão-se apontar os problemas do sistema carcerário brasileiro. Há um grande perigo na transferência desses jovens para o sistema penitenciário adulto, devido às associações e aliciamentos ao crime que correm nesse sistema. Além disso, o encarceramento é acompanhado por um forte etiquetamento dos indivíduos, o que é ainda mais prejudicial quando se trata de pessoas em desenvolvimento. O sistema penal é marcado por uma alta seletividade, nesse modo a redução da maioridade penal, que consistiria em uma legislação penal simbólica e de emergência, incidiria apenas sobre os jovens socialmente vulneráveis.

Como afirma Luiz Flávio Gomes à função de degradação é atribuída sociologicamente a pena de prisão. Nesse sentido, de acordo com o princípio da *less eligibility* o ambiente prisional deve expor o condenado a condições mais desprezíveis e inferiores aquelas que estão sujeitas as classes mais pobres de uma sociedade. O sistema penal brasileiro tem suas raízes nesse princípio, acrescenta o autor, pois a realidade socioeconômica do sistema penitenciário brasileiro atesta

que a legitimação do controle social é exercido por uma minoria, contudo se volta sobre muitos, como foi visto alhures.<sup>82</sup> Desse modo, coaduna Gomes, na prisão predomina o não direito, arbitrariedades e ilegalidades cometidas nesse ambiente raramente são averiguadas ou punidas.<sup>83</sup>

Inobstante a isso, o Brasil é o quarto país em população carcerária, ademais o Brasil ostenta a posição de segundo país do mundo em crescimento dessa população.<sup>84</sup> Portanto, apesar das condições catastróficas da prisão no Brasil, que viola os direitos humanos fundamentais, e de sua pouco eficácia quanto a promoção da ressocialização esse sistema vem sendo legitimado pelos interesses das classes sociais dominantes. Isso atesta a supramencionada organização do aparelho penal e da pena como fato e manifestações de poder.

A redução da maioridade penal para os 16 anos sujeitaria esses jovens a institucionalização desse modelo insalutar e ineficaz. Outrossim, as associações e reuniões com o fito de delinquir, exposto alhures, é outro fator nefasto que seria provocado pelo encarceramento desses adolescentes junto aos adultos. Nesse sentido, assevera Gomes, a proposta de diminuição da maioridade penal seria ineficaz, devido ao fato dos presídios constituírem-se em faculdades do crime. Dessa maneira, a colocação desses jovens — junto aos adultos —

---

82 GOMES, Luiz Flávio. A “menor elegibilidade” da prisão (less eligibility). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.101, n. 920, jun. 2012, p. 207-212.

83 Idem, p. 212.

84 Idem, p. 208-209.

nessas instituições acarretaria em uma rápida e inevitável integração nas bandas criminosas organizadas.<sup>85</sup>

Como foi estudado anteriormente, tratando-se de indivíduos em desenvolvimento (cuja identidade esta sendo formada) a influência provocada pela convivência com adultos criminalizados seria ainda mais sensível e nefanda. Sobretudo, devido ao fato de que esses jovens estão privados de suas relações familiares e comunitárias, convertendo-se assim em alvos ainda mais vulneráveis ao aliciamento em organizações criminosas, feito nos presídios, por adultos com larga experiência no cometimento de delitos.

O sistema carcerário adulto também trará prejuízo aos jovens devido a rotulação. Como visto alhures, a institucionalização dessocializa o indivíduo devido ao alto nível de estigmatização. Tal problema se agrava no que tange aos adolescentes, que por estarem em processo de constituição de sua identidade são mais vulneráveis a assunção de papéis e de rótulos a partir do encarceramento. Desse modo o jovem é convertido em infrator a partir da experiência de estar em uma instituição total que lhe priva de seu desenvolvimento saudável em seu *ethos*. Nessa direção, aduzem Cunha, Ropelato e Alves, em função de estarem em desenvolvimento físico, emocional e psicológico os jovens devem ser submetidos a medidas preventivas que não os afastem do convívio familiar e social.<sup>86</sup>

---

85 GOMES, Luiz Flávio. Redução da Maioridade Penal: considerações. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 16, fev./mar. 2007, p. 73-75.

86 CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella; ALVES, Marina Pires. A redução da maioridade penal: questões teóricas e empíricas. *Psi-*

A prisão é uma instituição de sequestro, como aduz Foucault.<sup>87</sup> Sendo assim, trata-se de um ambiente pouco salutar para um adolescente, que deve adquirir progressivamente autonomia, já que por ser uma instituição total lhe priva de autonomia, como foi colocado em relevo alhures. Isso se agrava no que concerne ao sistema carcerário adulto, que diferentemente da institucionalização prevista pelo ECA, não garante de maneira tão ampla e efetiva a educação dos detentos.<sup>88</sup> A educação consiste em um fundamento emancipador e é essencial para a integração social de tais jovens, além de ser uma condição indispensável, para que esses sejam, de fato, incluídos na sociedade e no sistema produtivista vigente.

Devido a nosso sistema penal ser um instrumento de poder que atua com um alto nível de seletividade<sup>89</sup> como foi supradito, a redução da maioridade penal incidiria apenas sobre os adolescentes que fazem parte das classes socialmente vulneráveis. Nesse sentido, sinala Pastana, a massa excluída do trabalho e, conseqüentemente, do consumo, fica sujeita a um hipertrofiado sistema penal responsável não por disciplinar os delinquentes e sim por conter o prófugo social produzido pelo sistema.<sup>90</sup> Sendo assim, tal redução culminaria numa segregação e violência ainda maior, que atingiria um sector ainda mais frágil da sociedade, os jovens em desenvolvimento.

---

*ciologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-9893206000400011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-9893206000400011&script=sci_arttext)>.

87 FOULCAUT apud ZAFFARONI, op. cit., p. 62.

88 Segundo Cunha, Ropelato e Alves, 99% das unidades oferecem educação escolar em ensino fundamental e 63% em ensino médio, além de oportunizarem profissionalização em 85% das mesmas.

89 ZAFFARONI, p. 15.

90 PASTANA, op. cit.

Se esses jovens carentes tivessem garantidos seus direitos fundamentais, ratificados pelo ECA e houvessem políticas assistências efetivas se combateria a criminalidade juvenil em sua causa e âmago, não se resolve um problema mitigando suas consequências. Como alude Amaro, a redução da maioria não resolveria o problema prático.<sup>91</sup> Acrescenta, ainda, Gamil Föppel, **“a melhor política criminal é uma boa política social”**.<sup>92</sup> Assim, urge que o sistema penal converta-se em um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e não de sua violação. Para mais, é premente que o Estado promova a socialização desses jovens para que não precise ressocializá-los, sobretudo levando-se em consideração o ineficaz a bárbaro sistema carcerário adulto, já descrito.

A minoração da maioria penal vem sido clamada pela opinião pública, fomentada pela mídia, como já foi exposto. No entanto, qualquer alteração legislativa feita em momento de crise popular, como constatam Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes, retrata uma legislação penal emergencial e simbólica, que não atende a fins legítimos. Assim, acrescentam os autores, o Direito penal volta-se a acalmar a opinião pública e não a proteger o bem jurídico, visando dissuadir o potencial infrator, que deve ser sua função.

91 AMARO, Jorge Wohney Ferreira. O debate sobre a maioria penal. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 31, n. 3, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-608320040003\\_00004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-608320040003_00004&lng=pt&nrm=iso)>.

92 AGUIAR, Rodrigo. Criminalista diz que redução da maioria penal afetaria filhos de quem reivindica medida. *Bahia Notícias*, Salvador, 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/noticia/135325-criminalista-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-afetaria-filhos-de-quem-reivindica-medida.html>>.

Tal direito penal é desproporcional e atinge um determinado tipo de delito e de infrator.<sup>93</sup>

Assim sob a égide da aparente eficiência repressiva da luta contra o crime, referida por Juarez Cirino dos Santos,<sup>94</sup> é criado nos “espectadores” um sentimento ilusório de segurança e confiança no ordenamento.<sup>95</sup> Não obstante, como atesta Gamil Föppel, o direito penal não constitui em um instrumento modificador da realidade.<sup>96</sup> Por conseguinte, acrescentam Gomes e Bianchini, a diminuição da maioria penal teria pouca ou nenhuma eficácia prática.<sup>97</sup>

Tal eficácia é ainda mais questionável perante a análise, feita alhures, dos problemas que o encarceramento dos jovens junto aos adultos ocasionariam. Ademais, o encarceramento, previsto pelo ECA, como medida de segurança, apesar de ser menos lesivo, também consiste em dano ao desenvolvimento e autonomia juvenil. Destarte, deve ser aplicada uma intervenção mínima aos jovens desviastes, que lhes permita conviver com sua família e comunidade afim de que seu desenvolvimento ocorra de forma salutar e autodeterminada.

#### 4.2. Ressocialização dos jovens

Como foi visto anteriormente, a medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e Adolescente

---

93 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Maioridade Penal e o Direito Penal Emergencial e Simbólico. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 16, fev./mar. 2007, p. 75-77.

94 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumem Juris, 2008, p. 491.

95 GOMES; BIANCHINI, op. cit.

96 AGUIAR, Rodrigo, op. cit.

97 GOMES; BIANCHINI, op. cit.

possui natureza penal e cumpre o mesmo papel de controle social da pena. Dessa forma, nota-se que a medida socioeducativa, igualmente à pena, possui, sobretudo, a finalidade de ressocialização.

Sabe-se que o sistema penitenciário brasileiro tem um baixo índice de ressocialização, portanto não seria diferente se esse mesmo sistema fosse aplicado aos adolescentes em conflito com a lei. Fica evidente, assim, que a redução da maioridade penal seria ineficaz para alcançar o objetivo da diminuição da criminalidade.

No entanto, a mídia insiste em afirmar que a solução da criminalidade está na adoção de penas cada vez mais rígidas e na redução da maioridade, sem deixar de incutir no imaginário coletivo da sociedade a ideia completamente equivocada de que inimputabilidade significa a não responsabilização e a impunidade. Se os adolescentes em conflito com a lei são submetidos às medidas socioeducativas, eles são sim responsabilizados pelos seus atos. A inimputabilidade só significa, nesse sentido, uma responsabilização especial. Não só os jovens são responsabilizados pelos seus atos como a lei, em alguns aspectos, é muito mais rigorosa para com o adolescente do que com o adulto.<sup>98</sup>

A verdadeira solução para a criminalidade juvenil está no Direito Juvenil presente no ECA, em que prevê a efetivação de políticas públicas para assegurar os direitos da infância e juventude, e não no Direito Penal Juvenil, o qual deve ser uma medida apenas subsidiária.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar que, apesar de notória a incoerência em reduzir a maioridade

---

98 WEINMAAN, Amadeu de Almeida apud SPOSATO, Karyna Batista, op. cit.

penal, o Direito Penal juvenil possui o mesmo problema que Zaffaroni aponta ao Direito Penal comum: a contradição existente entre a previsão legal e a real operacionalidade do aparelho. O ECA não é aplicado como deveria. As autoridades não empregam as medidas socioeducativas como *ultima ratio* e sim como primeiro recurso, antes de terem assegurado as políticas de base.

Ademais, os estabelecimentos destinados à aplicação da internação, apesar de serem específicos aos adolescentes, se assemelham aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total.<sup>99</sup> E como já se viu, a privação de liberdade de jovens não promoverá sua reinserção na sociedade. Uma alternativa à medida privativa de liberdade é a medida de liberdade assistida, em que não se retira o adolescente do convívio familiar ou comunitário e sim procura fortalecer esses laços sociais, para que efetivamente ocorra a reinserção do jovem.

Karyna Batista Sposato afirma que, quando bem aplicada, a modalidade de Liberdade Assistida tem se mostrado muito eficiente, justamente por proporcionar um envolvimento da comunidade e de inserção no dia a dia dos adolescentes acompanhados, devendo ser essa medida estimulada e apoiada.<sup>100</sup>

A Liberdade Assistida não deixa de ser uma limitação no exercício dos direitos do adolescente, não apresentando a perigosa sensação de impunidade. Ela se configura como uma pena branda e simbólica, se coadunando com o Minimalismo Penal.

---

99 SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., p. 129.

100 Idem, p. 124.



Se a vontade política for suficiente para fazer cumprir o que o ECA propõe, que é implementar as políticas públicas para que se assegurem os direitos fundamentais dos adolescentes estabelecendo as medidas socioeducativas como *ultima ratio*, certamente a criminalidade juvenil despenará. Mas o paliativo de reduzir a maioridade penal só atingiria um objetivo inverso, pois, como historicamente comprovado, a punição por si só não reduz a criminalidade.

### **4.3. Minimalismo penal aplicado aos indivíduos em desenvolvimento**

Nesse item convém propor-se uma intervenção penal mínima a criminalidade juvenil. Considerando, a antes exposta, mazela do sistema penitenciário, se entende que tal intervenção deve ocorrer fora da estrutura institucional-carcerária. O adolescente não deve ser privado de sua liberdade e socialização e, sobretudo, o jovem não deve ser exposto aos danos do sistema prisional adulto, que a redução da maioridade penal propõe. Ademais, a intervenção do sistema penal juvenil deve ser a *ultima ratio*, nos casos nos quais a promoção de políticas públicas profiláticas não forem suficientes para a redução da criminalidade adolescente.

Para o direito penal ser legítimo não pode haver contradição entre a previsão legal e a real operabilidade, os direitos fundamentais do imputado devem ser assegurados quando na aplicação da pena. Ademais a internação, enquanto não for extinta, deve causar o mínimo de dano possível.

Com o escopo de reduzir-se a criminalidade juvenil, além de políticas assistenciais que promovam

os direitos fundamentais dos adolescentes, faz-se necessário — na medida em que outras medidas não penais falharem — a aplicação de uma pena branda e simbólica, como foi supracitado.

Tal pena constitui-se necessária devido a sua função pedagógica, é preciso que esses jovens tenham a dimensão de que seus atos têm consequências, para que não haja impunidade e para que a pena seja um contra-estímulo ao crime. Essa intervenção penal mínima, como foi visto outrora, também tem a função de conter reações desproporcionadas e violentas. Tal intervenção não deve constituir-se em pena privativa de liberdade.

Além disso, como foi supradito, entende-se que é totalmente inviável o encarceramento dos jovens na penitenciária destinada a adultos. Como aduz Pastana, no que diz respeito a problemática do sistema penal adulto, os encarceramentos tendem a ser longos, degradantes e violadores dos direitos humanos. Destarte, levando-se em consideração tais problemas conjunturais e somando-se ainda os seus problemas estruturais, descritos anteriormente, esse sistema deve ser combatido e não estendido aos jovens.<sup>101</sup>

Como foi supramencionado, a prisão é um ambiente nefasto que, como assevera Isabel Pojo do Rego, dessocializa ao invés de recuperar. Como se viu, as medidas socioeducativas também são penas e de acordo com tal autora, as casas de correção para menores, igualmente, constituem-se em verdadeiras prisões.<sup>102</sup>

---

101 PASTANA, op. cit.

102 REGO, Isabel Pojo do. Sociologia da prisão. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922004000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922004000100011&script=sci_arttext)>.

A prisão, como alude Sequeira é um espaço de segregação, um lugar de inviabilidade e aniquilamento do homem, uma verdadeira lixeira humana. É um lugar fora da lei, acrescenta a autora, um não lugar, onde homens são abandonados em grupos e são excluídos. A autora complementa, ainda, que nesse ambiente não ha possibilidade de desenvolvimento pessoal, educacional, ou qualquer outra forma de desenvolvimento. Ademais, o cárcere destitui o sujeito de si mesmo.<sup>103</sup>

Destarte, tal ambiente não é propicio para indivíduos em desenvolvimento, já que lá o desenvolvimento é impossível. Além disso, a privação do sujeito de si mesmo e de sua autonomia são óbices à construção identitária.

Desse modo, considerando o modelo de intervenção mínima, propõe-se que os adolescentes cumpram sua pena, proporcional e simbólica, fora de ambientes institucionais. Como já foi dito, além disso, entende-se que ninguém, nem mesmo os adultos, devem ser expostos ao ambiente carcerário.

Nega-se, portanto, como supradito, tanto a redução da maioridade penal, quanto o encarceramento juvenil. Os adolescentes devem sofrer a incidência de penas subsidiarias. Tal punição não pode representar uma violação a seus direitos fundamentais, para tanto esses devem cumprir pena em ambientes que garantam seu desenvolvimento. Sendo assim, a pena de liberdade as-

---

103 SEQUEIRA, Vânia Conselheiro. Uma vida não vale nada: prisão e abandono político-social. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, dez. 2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932006000400012&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932006000400012&script=sci_arttext)>.

sistida prevista pelo ECA é a que deve ser-lhes aplicada, posto que não os priva do convívio social.

O ambiente familiar, como assinalam Lima et al, é um espaço privilegiado de desenvolvimento, a partir do qual o processo de socialização do indivíduo se dá.<sup>104</sup> Como foi exposto, o contato quotidiano com a família e a comunidade são fundamentais para o desenvolvimento, a construção identitária e socialização da criança e do adolescente. Nesse sentido, como garante o ECA, o jovem tem direito ao convívio familiar e comunitário. Qualquer pena imposta aos jovens só seria efetiva e garantidora de seus direitos fundamentais e sua dignidade se não se priva o jovem desse importante núcleo de convivência. Já que, como supracitado, não se pode socializar alguém excluindo-o, privando-o de seu *ethos*.

A intervenção penal deve sempre ser mínima e subsidiária. A solução mais adequada aos desvios cometidos pelos adolescentes esta, sobretudo, na promoção de políticas assistenciais efetivas. Portanto, como foi supramencionado, a medida socioeducativa, independentemente de seu conteúdo, deve ser sempre a *ultima ratio*. Essa só deve ser aplicada nos casos em que a função pedagógica da pena e a sua função preventiva de reação social desmedida se façam necessárias. A medida socioeducativa, só deve ser aplicada em casos extremos e, de todo modo, tal medida deve ser cumpri-

---

104 LIMA, Mayara Barbosa Sindeaux et al. Atividade doméstica e socialização: a visão de adolescentes de classes economicamente distintas. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 18, n. 2, ago. 2008. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822008000200010&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822008000200010&lng=pt&nrm=iso)>.

da em liberdade, no meio social, pois como dito alhures. Visto que, desse modo essa sanção é mais efetiva.

Tal qual assevera, Aury Lopes Jr., o processo penal, acrescenta-se o Direito Penal, devem ser instrumentos de efetivação das garantias constitucionais. É necessário fazer uma leitura constitucional do Direito e do processo penal, complementa esse autor, posto que o fundamento que legitima um Direito Penal democrático é sua instrumentalidade constitucional.<sup>105</sup>

Consoante a essa ideia, arremata-se que, o Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deve ser um instrumento de efetivação dos direitos humanos fundamentais, através de uma intervenção mínima que garanta e realize os direitos dos jovens desviados e da sociedade como um todo. Para tanto, o direito Penal deve ser parcimonioso, só intervindo quando houver uma real necessidade.

#### **4.4. Vedação Constitucional**

Esse item tem o fito de discorrer sobre a inconstitucionalidade da redução da maioria penal. O art. 228 da Carta Magna consiste em um Direito Fundamental, conforme Thiago Dias Almeida. De acordo com esse mesmo autor, o art. 60, § 4, da Constituição Federal estabelece que entre as cláusulas pétreas estão os direitos e garantias fundamentais, tais como a inimputabilidade dos menores de 18 anos.<sup>106</sup>

---

105 LOPES JR., Aury, op. cit., p. 59.

106 ALMEIDA, Thiago Dias. *Redução da maioria penal: problema ou solução?*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2011.

As limitações materiais estão previstas nesse dispositivo, acrescenta Manuel Jorge e Silva Neto, configurando cláusulas de intocabilidade. É vedada a supressão de tais cláusulas e o atingimento, mesmo que reflexo ou indireto, das garantias previstas por essas.<sup>107</sup> Já que tais cláusulas consubstanciam a opção política do legislador constituinte originário.

Nesse sentido, aduz Hesse, as Cláusulas Pétreas são intangíveis, pois visam assegurar a manutenção dos parâmetros e pilares de dada constituição. Destarte, tem como fim a estabilidade e a imutabilidade das opções políticas mais importantes para determinada constituição.<sup>108</sup>

Tal direito fundamental é instrumento para a proteção integral da criança e do adolescente, que também é constitucionalmente garantido, e para a consecução dos demais direitos e princípios garantidos pelo ECA, supravistos.

Por conseguinte, entende-se que a redução da maioria penal não se coaduna com os fins constitucionais, além de constituir uma cláusula pétrea. Desse modo, não pode ser atingida em sua garantia ou ser modificada de modo a restringir ou limitar as garantias constitucionais visadas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1) O adolescente é um indivíduo em desenvolvimento, que só poderá tratar de questões abstratas e

---

107 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

108 HESSE apud ALMEIDA, op. cit.

compreender as consequências de suas escolhas ao atingir a fase adulta. Desse modo, é fundamental que lhes sejam garantidos seus direitos fundamentais para que tal desenvolvimento seja saudável e autode-terminado. Em contrapartida, sobretudo devido às informações que a mídia distorce e veicula a adolescência é vista como uma fase na qual os indivíduos são perigosos e irresponsáveis, e portando, devem ser vigiados, controlados e conformados a moral prevalente, para que se tornem adultos produtivos, corpos dóceis e obedientes. A mídia também veicula diversas notícias sobre a criminalidade juvenil, causando pânico geral, tais notícias instigaram o movimento pela redução da maioridade penal. Contudo, há dados que atestam que a violência juvenil não aumentou, na verdade, houve apenas um aumento da veiculação de tais crimes. A adolescência vai ser influenciada por fatores conjunturais, destarte quando um adolescente lhe tem negado condições de vida dignas e seus direitos fundamentais, assim como os adultos socialmente vulneráveis, tende a desviar-se. Desse modo, a real solução da criminalidade adolescente não é uma repressão mais rígida, mas sim a promoção de políticas assistências que lhe atinjam a sua causa e cerne. Tal política deve ser efetivada pelo ECA afim de promover os direitos constitucionais dos jovens.

2) Os sistemas penais estão em crise, devido a sua peculiar contradição entre o discurso-jurídico penal e o que efetivamente ocorre nesse sistema. Tal ordem é marcada pelo signo da morte, devido a suas ações e omissões. Desse modo, mostra-se não como um sistema que tutela a vida, mas sim como um fato de poder, manifestação da violência do estado contra

aqueles que são mais vulneráveis. Os indivíduos que não são interessantes para o sistema produtivista são selecionados pelo sistema penal, para sofrerem, quase que exclusivamente, a incidência de penas violentas desarrazoadas. Como via para conter esse sistema violento e letal, surge a proposta de um direito penal mínimo, que através de penas modestas — as mínimas necessárias — possa efetivar os direitos fundamentais da vítima e do apenado. O sistema carcerário, por provocar sofrimento desnecessário e ser simplesmente uma manifestação de violência do estado, deve ser gradualmente extinto, pois apenas desse modo, efetivar-se-ão os direitos fundamentais dos desviados e dos demais cidadãos cuja liberdade esta sujeita ao exercício do irascível *jus puniendi* do estado.

3) A ressocialização através do encarceramento é inviável, devido à estrutura peculiar a esse sistema. Fenômenos como as associações e organizações a fim de formar uma rede de crimes, o etiquetamento e o rompimento das relações horizontais, familiares e comunitárias do indivíduo encarcerado dificultam a ressocialização. A prisão dá azo, contrariamente, a reincidência, como os dados atestam. Em um ambiente pouco salutar como a prisão brasileira tal problema se agrava. Desse modo, faz-se mister, afim de diminuir os índices de reincidência e criminalidade, aplicar o sistema carcerário de forma subsidiária, ate extinguir totalmente tal sistema. Uma intervenção penal mínima que garanta uma pena arrazoada e livre de sofrimentos desnecessários, fora do sistema carcerário, seria o instrumento capaz de promover a paz social e os direitos fundamentais dos imputados e da sociedade como um todo.

4) O aparelho carcerário adulto tem uma serie de problemas conjunturais e estruturais, dessarte seria



nefando diminuir a maioridade penal e sujeitar os adolescentes entre 16 a 18 anos a tal sistema. Devido a tratar-se de uma instituição total, estigmatizaste e seletiva o cárcere, sobretudo junto aos adultos, comprometeria o desenvolvimento juvenil. Ademais, o contato com os adultos aliciaria tais jovens, que por sua menor maturidade são mais vulneráveis, as organizações criminosas. A privação do contato com a família e a comunidade, direitos do adolescente, também constituem fatores que atentam contra seu desenvolvimento e socialização saudáveis. Por conseguinte, não deve haver diminuição da maioridade penal e o conseguinte encarceramento dos menores junto aos adultos. Para mais, não deve haver nem mesmo o encarceramento juvenil, sob nenhum sistema. O desenvolvimento humano tem cunho fortemente social, assim, apenas um convívio social sadio lograra promove-lo.

5) A pena de privação de liberdade não deve ser aplicada aos jovens, pois isso lhes afasta da convivência familiar e comunitária, que é seu direito e lhes garante um desenvolvimento saudável. Além disso, penas que mantêm o jovem em convívio com seu ciclo social são mais efetivas. De modo alguém pode haver o encarceramento de jovens no sistema penal adulto, como pretende a redução da maioridade penal, pois isso seria nefasto e aumentaria a criminalização desses sujeitos. Ademais, a medida de segurança deve ser aplicada aos adolescentes de modo mínimo e subsidiário, nos casos em que as políticas sociais falharem e que se faça necessário a prevenção da reação social. Tais medidas, que se tratam de penas na verdade, devem ser brandas e simbólicas, afim de garantir o desenvolvimento, a dignidade e os demais direitos fundamentais dos jovens.

## 6. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato Sérgio de. O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 4, out./dez. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000400007&script=sci_arttext)>.
- AGÊNCIA BRASIL. Índice de reincidência criminal no país é de 70%, diz Peluso. *Valor Econômico*, São Paulo, 05 set. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>.
- AGUIAR, Rodrigo. Criminalista diz que redução da maioria penal afetaria filhos de quem reivindica medida. *Bahia Notícias*, Salvador, 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/noticia/135325-criminalista-diz-que-reducao-da-maioridade-penal-afetaria-filhos-de-quem-reivindica-medida.html>>.
- ALMEIDA, Thiago Dias. *Redução da maioria penal: problema ou solução?*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2011.
- ALVES, Cândida et al. Adolescência e maioria penal: reflexões a partir da psicologia e do direito. *Revista Psicologia Política*, São Paulo, v. 9, n. 17, jun. 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext)>.
- AMARO, Jorge Wohney Ferreira. O debate sobre a maioria penal. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 31, n. 3, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-60832004000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000300004&lng=pt&nrm=iso)>.
- ARAÚJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. 2010.

- Dissertação (Mestrado em Direito Penal) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1143045. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, n. 85, 02 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPagina.do.asp?pid=1961747&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2085%20-%2002/05/2012>>.
- CAMPOS, Carmem Heinde. Juizados especiais criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2003000100009&script=sci_arttext)>.
- COSTA, Liana Fortunato et al. Adolescente em conflito com a lei: o relatório psicossocial como ferramenta para promoção do desenvolvimento. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 16, n. 3, jul./set. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722011000300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722011000300005&script=sci_arttext)>.
- CUNHA, Elizangela Lelis da. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. *Cadernos Cedes*, Campinas, v. 30, n. 81, p. 157-178, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a03v3081.pdf>>.
- CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella; ALVES, Marina Pires. A redução da maioridade penal: questões teóricas e empíricas. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932006000400011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932006000400011&script=sci_arttext)>.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. 291p.

- GOMES, Luiz Flávio. A “menor elegibilidade” da prisão (*less eligibility*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.101, n. 920, jun. 2012, p. 207-212.
- \_\_\_\_\_. Redução da Maioridade Penal: considerações. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 16, fev./mar. 2007, p. 73-75.
- \_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. Maioridade Penal e o Direito Penal Emergencial e Simbólico. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 16, fev./mar. 2007, p. 75-77.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 888 p.
- LIMA, Mayara Barbosa Sindeaux et al. Atividade doméstica e socialização: a visão de adolescentes de classes economicamente distintas. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 18, n. 2, ago. 2008. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822008000200010&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822008000200010&lng=pt&nrm=iso)>.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1394p.
- MARIÑO, Juan Mario Fandiño. Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul./dez. 2002, p. 220-244. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222002000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222002000200010&script=sci_arttext)>.
- MONTE, Franciela Félix de Carvalho et al. Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte: Associação Brasileira de Psicologia Social, v. 23, n 1, p. 125-134, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23n1/a14v23n1.pdf>>.

- PASTANA, Debora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 32, fev. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000100008&script=sci_arttext)>.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 7, n. 9, jan./dez. 1998.
- REGO, Isabel Pojo do. Sociologia da prisão. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922004000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922004000100011&script=sci_arttext)>.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. v. 1: Fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 2001. 1071p.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumem Juris, 2008.
- SCHOEN-FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos. A Construção da identidade em adolescentes: um estudo exploratório. *Estudos de Psicologia*, 2003, v. 8, n. 1, p. 107-115. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17240.pdf>>.
- SEQUEIRA, Vânia Conselheiro. Uma vida não vale nada: prisão e abandono político-social. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, dez. 2006. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932006000400012&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932006000400012&script=sci_arttext)>.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008. 238p.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 934p.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2006. 205p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

# Capítulo VI

A sucessão testamentária:  
um estudo comparatístico entre o  
ordenamento brasileiro e português

**Rebecca Wicks Sant'anna**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





# A sucessão testamentária: um estudo comparatístico entre o ordenamento brasileiro e português

**Resumo:** O presente trabalho visa realizar uma breve análise comparativa sobre a sucessão testamentária nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Desenvolver-se-á uma explanação acerca desta modalidade de sucessão, de maneira que possamos destacar quais são as diferenças ou semelhanças entre os sistemas em questão. Trataremos portanto dos traços gerais do fenômeno sucessório por via testamentária no Direito brasileiro com referências pontuais sobre o Direito português, estabelecendo uma visão comparatística entre ambos. Como método de pesquisa, escolheu-se realizar um estudo com base na legislação em vigor em cada país, neste caso iremos nos ater ao Código Civil brasileiro e ao Código Civil português, primordialmente, e na doutrina. Não há a intenção de ser exaustivo quanto aos aspectos da sucessão testamentária, o que se busca com este trabalho é uma visão geral e na medida do possível detalhada do assunto. O trabalho irá portanto destacar alguns pontos do fenômeno sucessório.

**Palavras-chave:** Sucessão testamentária. Direito comparado.

**Sumário:** 1. A sucessão testamentária no ordenamento brasileiro e português — 2. Conclusão — 3. Referências.

## 1. A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

A espécie de sucessão que será objeto do presente trabalho é a sucessão testamentária. Nos estudos preparatórios para o seu desenvolvimento, nos deparamos com a seguinte afirmação de Maria Berenice Dias : não faz parte da cultura brasileira o uso do testamento. A autora assim como outros tantos, refere-se aos impecílios culturais e burocráticos que culminam na não preferência ou não utilização na maioria dos casos da figura do testamento. É através deste que se dá a sucessão testamentária e, portanto, é importante que façamos algumas considerações antes de nos dedicarmos ao fenômeno sucessório em si.

O artigo 1.786 dispõe que a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.<sup>1</sup> Quando a sucessão ocorre por disposição legal estamos perante a sucessão legítima<sup>2</sup>; quando a sucessão decorre da disposição de última vontade fala-se de sucessão testamentária, que se concretiza via testamento<sup>3</sup>. Vale,

---

1 BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002.

2 No Direito Civil brasileiro fala-se em sucessão legítima e necessária; já no português fala-se de legítima e legitimária. Todas elas são fixadas por Lei e serão objeto de um próximo trabalho. Neste sentido ver PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. AAFDL, 2011/ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, v. 7. 3 ed./ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

3 No Direito brasileiro admite-se ainda a figura do codicilo, que vem regulado no artigo 1.881º, seria um ato de última vontade destinado a disposições de pequenos valores ou recomendações para serem atendidas e cumpridas após a morte. (GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, v. 7. 3 ed.)

portanto, frisar que enquanto a sucessão legítima<sup>4</sup> funcionaria como um “testamento tácito” ou “testamento presumido”, já que o legislador elenca os herdeiros com pretensões de que caso o *de cujus* não possa fazer seu testamento, aquelas disposições legais de certo modo substituam esse documento<sup>5</sup>, a sucessão testamentária tem em sua essência e concretização a vontade em si do *de cujus*.

A Constituição brasileira em seu artigo 5º, incisos XXII e XXX<sup>6</sup>, garante não só o direito a propriedade mas também o direito a herança. A herança pode ser definida de diversas formas: conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido; o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*<sup>7</sup>; ou ainda, apenas pelo patrimônio do falecido que se transmite aos herdeiros legítimos e legatá-

- 
- 4 Entenda-se legítima aqui no sentido de sucessão legítima, legítima e necessária.
  - 5 Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, v. 7. 3 ed. Poderá ser utilizado para fazer disposições sobre o enterro, deixar esmolas de pouca monta, legar móveis, roupas ou joias de pouco valor e de uso pessoal, nomear e substituir testamentários, reabilitar o indigno, destinar verbas para o sufrágio de sua alma, reconhecer filho havido fora do matrimônio. O codicilo tem um âmbito limitado, mais limitado do que o testamento.
  - 6 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.
  - 7 Retirado de <[http://www.centraljuridica.com/doutrina/141/direito\\_civil/da\\_sucessao\\_em\\_geral.html](http://www.centraljuridica.com/doutrina/141/direito_civil/da_sucessao_em_geral.html)> em 25/03/2012.

rios. Enfim, há inúmeros conceitos para o que seja herança. O Código Civil brasileiro, apesar de não ser a modalidade mais usada, destina ao assunto da sucessão testamentária nada menos que 148 exaustivos e cansativos artigos.<sup>8</sup>

Além das considerações acerca do testamento em si, vamos esclarecer a noção e as espécies dos herdeiros testamentários, que na prática implicam em tratamento diferenciado quanto a determinadas situações que podem vir a ser sucedidas, como por exemplo quando há necessidade de se realizar a redução das quotas testamentárias por razão destas terem avançado sobre a legítima.

A sucessão testamentária<sup>9</sup> é aquela modalidade em que o *de cuius* transmite sua herança por via de testamento. Acontece justamente por manifestação de vontade do titular dos bens. É a exceção, já que em regra o que ocorre é a sucessão legítima.<sup>10</sup> O que seria o testamento, quais modalidade aceitas por lei e outros questionamentos acerca desta figura serão analisadas de agora em diante. Sobre o que seria o testamento, poderíamos citar os artigos 1.857º a 1.859º

---

8 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 330.

9 Quanto as modalidades de sucessão quanto à fonte que deriva pode ser testamentária ou legítima. Vale destacar aqui uma modalidade que é o pacto sucessório que é aceito no Direito português e que é expressamente proibido no Direito brasileiro por via do artigo 426 do Código Civil, não podendo portanto a herança da pessoa viva ser objeto de contrato. (DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.)

10 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 6, Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva.

do Código Civil pátrio, além do que dispõe o artigo 2.179<sup>o11</sup> do Código Civil luso.

Ao apreciarmos os artigos percebemos que embora o Código Civil brasileiro não contenha uma descrição do que é o testamento<sup>12</sup>, diferentemente do Código Civil português, ele traz as características do testamento, afirmando ser um ato personalíssimo, que pode ser realizado por toda pessoa capaz, que termina por ser limitado diante da existência de herdeiros necessários, podendo ser mudado a qualquer tempo e que pode conter disposições não patrimoniais. Há portanto aqui certa semelhança do que seria a figura do testamento para ambos os ordenamentos. Para o estudo considerar-se-á o testamento com conteúdo patrimonial, já que pre-

- 
- 11 O professor Jorge Duarte Pinheiro em sua obra *O direito das Sucessões*, 2010, p.73, apresenta uma crítica sobre o conteúdo do art. 2.179<sup>o</sup>/1 no que diz respeito ao conceito legal que é dado ao testamento. O ilustre professor destaca como sendo de “valia relativa” a afirmação do Código, já que afirma não ser essencial o conteúdo patrimonial, como encontramos no 2.179<sup>o</sup>/2 e dá um exemplo de no caso do testamento conter unicamente o ato de perfilhação, além do testamento não conter conteúdo patrimonial também não seria revogável. No ordenamento brasileiro também há a possibilidade do testamento não ter conteúdo meramente patrimonial, como é também no caso de reconhecimento de filho: art. 1857, § 2<sup>o</sup> c/c 1609, III do C.C.
- 12 Segundo TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 6, Direito das Sucessões*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, a falta do conceito de testamento no Código Civil brasileiro segue a ideia segundo a qual não cabe ao legislador dar conceitos dos institutos. Afirmando que o diploma revogado que trazia uma definição, art.1.626 do CC/1916, sofria severas críticas, por ser considerado incompleto pela doutrina. É neste caso o que acontece com a definição trazida pelo Código Civil Português que também é criticado. É importante destacar aqui que esses autores fazem a mesma crítica quanto a se considerar o testamento como de conteúdo patrimonial, assim como o professor Jorge Duarte Pinheiro, 2010, já que haveria a possibilidade do testamento conter outras questões além do que seria meramente patrimonial ou apenas conteúdo que não o patrimonial.

tende-se saber, primordialmente, quais são os passos ou como se procede a transferência dos bens do *de cuius* por via de sucessão testamentária para seus herdeiros.

Tanto a Lei brasileira como a Lei portuguesa estabelece espécies genéricas e especiais de testamento. Quanto a Lei pátria encontramos como espécies ordinárias<sup>13</sup>: o testamento público, cerrado e o particular; quanto às espécies de testamento especial<sup>14</sup> destacam-se: o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. Os artigos 1.864 e seguintes do Código Civil brasileiro disciplinam as espécies de testamento, explicitando quais são os processos que cada um dos tipos deverá seguir para que sejam considerados válidos e eficazes pela Lei. Embora note-se certa formalidade quanto ao ato de testar, os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, destacam em sua obra decisões jurisprudenciais que terminam por afastar a formalidade que é exigida comumente, diante da necessidade de fazer com que se concretize a vontade do *de cuius*.<sup>15</sup>

13 O artigo 1.862, Código Civil brasileiro. O artigo 1.863 desse mesmo diploma proíbi a hipótese de um testamento conjuntivo, ou seja caso A e B queiram em um mesmo documento dispor de suas heranças, ou caso A e B queiram fazer disposições recíprocas sobre suas respectivas heranças em um mesmo testamento, isso é proibido por este artigo.

14 O artigo 1.886, Código Civil brasileiro dispõe sobre as modalidades especiais de testamento. O artigo 1.887 dispõe que “Não se admitem outros testamentos especiais além dos contemplados neste Código” o que exprime o caráter formal deste documento sob pena de invalidade.

15 Nesse sentido ver TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 6, Direito das Sucessões*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, p. 294 . Embora haja essa decisão do STJ, nem o ordenamento brasileiro nem o português (artigo 220º do Código Civil português) aceita o que se chama de testamento nuncupativo (artigo 166º, IV, V, Código Civil brasileiro), o testamento oral. Nesse sentido ver PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das sucessões*, AAFDL, 2010, p. 86.

Ainda que o legislador ao submeter tanto em Portugal como no Brasil o testamento as formalidades exigidas por Lei sob pena de nulidade, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro parece ter uma leve inclinação para decidir que prevaleça a vontade do autor em detrimento da formalidade.

Quanto as modalidades de testamento aceitas pelo ordenamento português destacam-se como formas comuns: o testamento público e o cerrado, que são consagrados pelo Código Civil Português em seu artigo 2.204º, e ainda, o internacional<sup>16</sup>; e, como especiais o testamento de militares e pessoas equiparadas, o feito a bordo de navio, o feito a bordo de aeronave e o testameto feito em caso de calamidade pública.<sup>17</sup>

Testamento é o ato de última vontade pelo qual ocorre a sucessão testamentária<sup>18</sup>. Esta última vontade não é de toda livre. A lei estabelece não só quem pode testar e receber os bens a serem testados, como qual é a forma que o testamento deve revestir, como destacado acima, e, também, os limites no próprio poder de testar, veremos que a liberdade de testar está limitada.<sup>19</sup>

---

16 A modalidade do testamento internacional é trazida pelo Código de Notariado português, que segundo o professor Jorge Duarte considera-se como uma terceira modalidade de testamento comum.

17 Nesse sentido ver PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das sucessões*, AAFDL, 2010. p. 91.

18 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 331.

19 No ordenamento brasileiro e também no português, só é permitido testar uma parcela do patrimônio, uma parcela da herança. Cada caso que é apresentado termina tendo uma peculiaridade, por exemplo quando o *de cuius* for casado em regime de comunhão de bens. Aqui percebemos que o ramo do Direito que rege o fenômeno das sucessões se encontra intimamente ligado com matérias como o Direito de família, por exemplo.

Quanto a capacidade para testar, pode-se falar em capacidade ativa, que diz respeito aos que podem dispor por testamento, e capacidade<sup>20</sup> passiva<sup>21</sup>, que se refere a quem pode adquirir por testamento<sup>22</sup>. Em outras palavras, a Lei dispõe sobre quem pode testar e quem pode ser herdeiro. A capacidade do agente é requisito de validade do testamento.<sup>23</sup> O Código Civil brasileiro em seu art 1.860º dispõe sobre quem não pode testar, deixando todos aqueles que não estejam no âmbito da proibição como possíveis testadores se assim o quiserem. Logo, todos aqueles que não sejam incapazes, que tiverem pleno discernimento no ato de testar e os maiores de 16 anos estão autorizados a testar. Já o legislador português optou por estruturar a norma de uma outra forma dispondo sobre aqueles que podem testar.<sup>24</sup>

20 Assim como Maria Berenice fala de legitimidade testamentária passiva, o professor Jorge Duarte Pinheiro, sobre o Direito português, menciona ilegitimidade, e não incapacidade, ao se referir aos que não podem ser herdeiros, afirmando que as disposições testamentárias são nulas por causa de uma especial relação que existe entre o autor e o beneficiário da deixa. Para além disso, há que se destacar que em seu *Direito das Sucessões*, p. 82, o ilustre professor diz ser discutível se as indisponibilidades encontradas nos artigos 2;192º e seguintes do Código Civil português, afirma que a letra dos artigos que regulam as chamadas indisponibilidades relativas nominadas acentua a vertente ativa (diz-se que a disposição é nula).

21 Nesse sentido destaca-se a terminologia adotada por Maria Berenice Dias que substitui a expressão capacidade testamentária passiva por legitimidade testamentária passiva.

22 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. volume 7, 3 ed., p. 212.

23 Neste sentido ver GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. volume 7, 3 ed., p. 212, que remete-nos para o artigo 104 do Código Civil brasileiro.

24 Nesse sentido ver o artigo 2.188º, do Código Civil Português que dispõe que podem testar todos os indivíduos que a Lei não declare incapazes de o fazer. O artigo seguinte, 2.189º, diz quem são as pessoas incapazes de testar: os menores não emancipados e os



E quem poderá ser herdeiro testamentário?<sup>25-26</sup> Os artigos 1.798° e 1.799° do Código Civil brasileiro dispõem quem pode ser chamado a suceder. A princípio qualquer pessoa que a Lei não proíba, seja física ou jurídica, pode ser contemplada por testamento. Segundo Maria Berenice Dias<sup>27</sup>:

Todos os herdeiros legítimos que têm legitimidade sucessória podem ser beneficiados por testamento (CC 1.798): as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A recíproca não é verdadeira. Há um leque maior de legitimados na sucessão testamentária (CC 1.799): os filhos da pessoa indicada pelo testador mesmo que não concebidos quando da abertura da sucessão; as pessoas jurídicas já constituídas; e as fundações, cuja organização for determinada pelo testador.

---

interditos por anomalia psíquica. E o artigo 2.190° aponta para a nulidade do testamento feito por incapaz.

- 25 Nesse sentido ver PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões*. AAFDL, 2010. p.78 e seguintes.
- 26 Quanto a este aspecto os artigos 2.192° e seguintes, do Código Civil português trata das disposições que são consideradas nulas e entende-se, portanto que são estas disposições que podem indicar-nos quais são as pessoas que não podem ser herdeiros testamentários. É importante ressaltar que a Lei portuguesa tem um rol muito mais amplo do que a Lei brasileira quanto a esta indicação. Há, entretanto que se destacar o artigo 2.197° que fala do notário ou entidade com funções notariais que lavrou o testamento público ou aprovou o testamento cerrado, a pessoa que escreveu o testamento, nas testemunhas, abonadores ou intérpretes que intervieram no testamento e na sua aprovação. Há aqui em parte semelhança como o regime brasileiro, podemos identificar dentre estas pessoas que são proibidas pela Lei portuguesa de serem herdeiros testamentários algumas que também são no regime brasileiro.
- 27 Nesse sentido ver DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 336 e seguintes.

Além de dispor sobre quem pode ser herdeiro, a Lei dispõe em seus artigos 1.801° e 1.802° quem não pode suceder e considera como nulas as disposições testamentárias feitas em favor de pessoas não legitimadas a suceder. Não podem ser herdeiros nem legatários: as pessoas que escreveram o testamento, nem os seus cônjuges ou companheiros, ou os seus ascendentes ou irmãos, nem seus descendentes; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Os herdeiros testamentários só recebem o que lhes foi deixado se, depois de pagas as dívidas do espólio e a parte que cabe aos herdeiros legítimos for atribuída à estes, ainda existirem bens.<sup>28</sup> É a consagração do que Maria Berenice Dias chama de princípio da liberdade limitada. Se nos voltarmos aos artigos 1.857° § 1° e 1.846, do Código Civil brasileiro, podemos destacar esta limitação ao ato de testar.

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1° A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

---

28 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Destes dois artigos retira-se que havendo herdeiros necessários o testador apenas pode dispor de 50% da totalidade de seu patrimônio, já que por Lei pertence aos herdeiros necessários<sup>29</sup>, que são aqueles que dispõe o artigo 1.845º, do Código Civil brasileiro, 50% dos bens da herança de pleno direito. Logo, entende-se que independentemente de o *de cujus* ter deixado, cônjuge, descendentes ou ascendentes, a parte que caberá aos herdeiros necessários será sempre 50% segundo a Lei, e a parte que caberá a sucessão testamentária, ou seja a parte que o testador poderá dispor em testamento será sempre de 50%.

Não podemos dizer o mesmo sobre o Direito Civil português. É aqui inclusive o ponto onde pensamos nos deparar com a divergência mais gritante e mais importante em relação a matéria de sucessões. Todas as outras semelhanças e diferenças parecem decorrer do próprio distanciamento ou aproximação que existe entre os ordenamentos aqui em questão. Ao afirmar que na maior parte das vezes, a porção deferida por via legitimária iguala ou excede aquela que é suscetível de ser deferida por sucessão voluntária, o pro-

---

29 São herdeiros necessários perante o Código Civil brasileiro: os descendentes, ascendentes e os cônjuges. No direito Português, está disposto no artigo 2.157 do Código Civil Português, quem são os herdeiros chamados legitimários, neste caso usa-se uma terminologia diferente da utilizada no ordenamento brasileiro mas que quer se referir a uma mesma situação. Os herdeiros legitimários seriam portanto o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. Pode-se destacar que quanto aos herdeiros designados por lei como sendo necessários ou legitimários, na terminologia lusa, são os mesmos. Além desta semelhança há também que se destacar que a parte que cabe aos herdeiros legitimários ou necessários, é, em ambos os ordenamentos, tratada como legítima (artigo 2.156º, Código Civil Português e artigo 1.846º do Código Civil brasileiro).

fessor Jorge Duarte Pinheiro<sup>30</sup> termina por nos dar a ideia de que a cota que é destinada para o herdeiro dispor é na maioria das vezes, igual ou inferior a parcela destinada obrigatoriamente por Lei para a sucessão legitimária. Ou seja, é aqui que está a diferença básica entre as duas formas de tratar a sucessão *causa mortis*: enquanto no Direito brasileiro sempre será destinada a sucessão testamentária 50% dos bens do *de cuius*, no Direito português esta porção não é certa, a depender do caso concreto ela varia<sup>31</sup>.

Os herdeiros testamentários são portanto aqueles contemplados pelas disposições testamentárias deixadas pelo *de cuius*. Aqueles podem ser de dois tipos: podemos estar diante de herdeiros testamentários que recebem uma fração ideal do acervo hereditário, sendo portanto herdeiros universais, ou seja respondem não só pelo ativo mas também pelo ativo da herança; ou podem ser os chamados legatários, que são aqueles à quem é deixado uma fração específica (por exemplo uma casa na praia, ou um carro de uma marca *x*), neste caso fala-se em herdeiros a título singular, já que estes não respondem pelo passivo da herança. Vale ressaltar que só existe a figura do legado no testamento. Por fim, a ideia dos herdeiros testamentários e legatários se equivalem em ambos os ordenamentos. Não havendo disposições testamentárias ou sendo o testamento nulo ou anulável não há

---

30 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões*. AAFDL, 2010. p 120.

31 Não é intenção deste trabalho desenvolver como é calculada a parcela da herança disponível. Será um dos pontos do segundo trabalho que terá como objeto a sucessão legitimária/necessária.

no fenômeno sucessório o legado e conseqüentemente não há a figura do legatário.<sup>32</sup>

Quanto a limitação da fração que pode o testador dispor, caso ultrapasse a quota permitida por lei, o testamento não se torna inválido, nem no Direito brasileiro nem no português; o que acontece é segundo o artigo 1.967º do Código Civil brasileiro faz-se uma redução do que exceder a quota disponível para testar de modo que esta não venha a interferir na parte que é imputada aos herdeiros necessários.<sup>33</sup> Maria Berenice Dias afirma que a redução funciona como uma sanção, em defesa da legítima, é portanto uma correção diante do excesso praticado pelo testador<sup>34</sup>

Assim como o ordenamento brasileiro prevê a redução das disposições testamentárias no artigo 1.967º estabelecendo a princípio que reduz-se primeiro das quotas dos herdeiros testamentários e só depois dos legados, o Código Civil luso regula este instituto em seus artigos 2.168º a 2.174º e também estabelece essa mesma ordem para a redução. Pergunta-se em caso do testador não dispor da totalidade de seus bens que são disponíveis, o que acontece com estes. “Não atribuindo o testador a totalidade da parte disponível aos herdeiros testamentários, o restante é destinado aos herdeiros necessários ou legítimos”<sup>35</sup> E se o testamen-

32 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p 116.

33 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

34 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.

35 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.

to, documento pelo qual se atribui o patrimônio aos herdeiros for nulo ou anulado? O que acontece com a parte disponível dos bens do *de cujus*? Bom, neste caso a totalidade do acervo patrimonial será entregue aos herdeiros que a lei mande, ou seja aos herdeiros necessários ou legítimos.<sup>36</sup>

A qualquer momento, pode o testador revogar o testamento. São inoperantes quaisquer cláusulas através das quais se declare irrevogável ou inalterável o testamento. Isso decorre de ser a liberdade de testar de ordem pública, não aceitando limitações neste sentido. O legislador português adota a mesma posição quando o assunto é este, dispondo em seu artigo 2.311º do Código Civil português que “o testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento” e “tem-se por não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação”. Não há, no entanto, uma proibição expressa, considerando nula a cláusula em que o testador se comprometa a não revogar o testamento. Há, entretanto a ideia da proibição implicitamente, e vigora no ordenamento como regra jurídica fundamental<sup>37</sup>. Combinando os artigos 1.858º e o 1969º retira-se que o princípio da revogabilidade do testamento é inderrogável. Entretanto, deve-se lembrar que o testamento não é um documento de conteúdo meramente patrimonial, e que é e pode ser utilizado para outras

---

36 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 116. A ilustre autora fala do princípio da sobra, consagrado no artigo 1.788 do Código Civil, numa citação de Luiz Paulo Vieira de Carvalho.

37 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. volume 7, 3 ed., p. 425.

finalidades como, por exemplo, quanto ao reconhecimento de filhos, previsto no artigo 1.609, e sendo, portanto, neste caso irrevogável. Mas que fique claro: a regra é a da revogabilidade do testamento.

Diz o artigo 1.969 do Código Civil brasileiro que “o testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito”. A interpretação que deve ser feita desse artigo é que um testamento público poderá ser revogado por quaisquer outros tipos de testamento e vice-versa; assim, um testamento particular poderá ser revogado por um testamento cerrado ou particular, por exemplo<sup>38</sup>. Portanto se a revogação vier a ser feita por testamento, não importa as formas que estejam em causa. Essa revogação pode ser total ou parcial mediante se retire toda a eficácia do testamento ou se apenas se retire a eficácia de algumas cláusulas (artigo 1.970º, CC). É importante que se saiba que a existência de dois testamentos não implica necessariamente que o anterior seja revogado, eles podem coexistir (artigo 1970, § único). Em caso de incompatibilidade, o mais novo derroga o mais antigo.

O Direito brasileiro afastando-se neste aspecto do Direito português (artigo 2.312, CC) não permite a revogação do testamento através da escritura pública. No Direito brasileiro é apenas permitida a revogação do testamento por via de outro testamento. Se não há maneira de saber qual é o testamento mais antigo e o mais novo, não haverá como se dar efeito à vontade do testador, embora o Código Civil brasileiro não contenha nenhuma regra sobre isso, é o que a doutrina

---

38 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*. volume 7, 3 ed., p. 425.

sustenta e é o que o Código Civil português, em seu artigo 2.313, n°2 dispõe. Em casos de dilaceração ou rompimento do testamento cerrado, também há revogação do testamento (artigo 1.972° CC) bem como no Código Civil português (artigo 2.315°).

O testador pode ainda revogar o testamento revogatório, nesse caso é importante saber se o testamento anterior volta a valer ou não. Carlos Roberto Gonçalves afirma que em princípio o testamento não se restaura, seria necessário que o novo testamento expressamente declara-se a restauração do primeiro testamento. O artigo 2.314 do Código Civil português parece também adotar a mesma ideia do legislador pátrio. O Direito português aceita que o testamento seja revogado por testamento posterior, por escritura pública ou em caso que venha a ser destruído.

## 2. CONCLUSÃO

A questão que se levanta com a morte de uma pessoa, de saber qual será o destino dos bens desta, de sua herança existe no Brasil e em Portugal. A sucessão testamentária é aceita em ambos os ordenamentos. É verdade que ao analisarmos as Leis que vigoram em cada país podemos traçar inúmeras semelhanças mas há também que se destacar as diferenças. Percebemos que há semelhança quanto a noção de herdeiro testamentário e legatário tanto no âmbito da doutrina como da legislação. Além disso poderíamos destacar a ideia da redução das deixas testamentárias em caso de invasão da legítima, os tipos de testamento que existem como o cerrado e o público, a maneira que se realiza a revogação do testamento. Até mesmo nos Códigos Civis português e brasileiro notamos certa aproximação.



Não há dúvidas que uma das diferenças mais gritantes entre os dois sistemas aqui estudados seja a questão da porcentagem que é suscetível de ser disposta em testamento. Nota-se que o ordenamento português tende a ser mais complexo e mais trabalhoso já que a Lei não define uma quota específica para qualquer situação. Na verdade, cada caso será diferente e para se chegar a quota disponível da herança o aplicador do Direito terá que se voltar para os herdeiros legitimários. Diferentemente no Brasil, onde independentemente de quais e de quantos herdeiros estiverem em questão a quota disponível será sempre uma: 50% da herança.

Muitas outras questões poderiam ser levantadas em um trabalho com um objeto de estudo tão amplo. Foram tratados aqui alguns aspectos que considerou-se fundamentais para uma noção geral da matéria da sucessão testamentária. Por fim, há ainda inúmeros aspectos a serem estudados e por isso reitera-se que o trabalho não teve a intenção de ser exaustivo quanto a matéria e que há outros aspectos tão importantes quanto os que foram tratados aqui.

### 3. REFERÊNCIAS

Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22/03/2012.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Código Civil comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966. *Código Civil português*. AAFDL, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*. Volume 6. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro- Direito das Sucessões*. volume 7. 3 ed. São Paulo: Saraiva.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões*. AAFDL, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. AAFDL, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 6, Direito das Sucessões*. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Método.

# Capítulo VII

## Deveres Matrimoniais e autonomia privada: a intervenção mínima do Estado nas relações familiares

**Thais Rivera Duran Barreto**

Graduanda em Direito da Faculdade Baiana de Direito, 7º semestre.  
Graduanda em psicologia da UFBA, 6º semestre.



## Deveres Matrimoniais e autonomia privada: a intervenção mínima do Estado nas relações familiares

**Resumo:** O aspecto positivo dos direitos da personalidade invoca o seu exercício, sua disponibilidade, ou seja, a possibilidade dos indivíduos ditarem as regras que modelarão suas relações, sobretudo, no que tange as relações extrapatrimoniais. Tal aspecto diz respeito ao exercício da autonomia privada como parâmetro para o desenvolvimento da personalidade. Os deveres conjugais são: fidelidade; assistência recíproca; respeito e consideração mútuos; guarda, sustento e educação dos filhos; e vida em comum no domicílio conjugal. Os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação são descabidos e desnecessários. O Estado não deve se imiscuir na vida íntima da família e ditar regras, pois apenas cada indivíduo e família sabe em que dimensão pode desenvolver sua personalidade e concretizar sua dignidade. A conjugalidade é um espaço privado, no qual não cabem regras de ordem pública ditadas pelo Estado na tentativa de fixar padrões de moralidade e normatizar a ordem social. A família é o espaço de desenvolvimento do indivíduo, de conforto, satisfação, afeto e deve estar, como regra, fora da esfera de atuação do Estado.

**Palavras-chave:** Deveres conjugais. Autonomia privada. Estado mínimo.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Autonomia privada e estado mínimo — 3. Deveres matrimoniais — 4. Autonomia privada e os deveres matrimoniais de coabitação e de fidelidade recíproca — 5. Considerações finais — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como escopo problematizar o cabimento dos deveres matrimoniais diante da autonomia privada. Sobretudo no que tange aos deveres conjugais de fidelidade recíproca e de coabitação.

Para tanto, será apresentado o aspecto positivo dos direitos da personalidade, ou seja, seu exercício e disponibilidade, possibilitando que os indivíduos regrem suas próprias relações, principalmente no que concerne os negócios jurídicos extrapatrimoniais. Ademais, examinar-se-á o conteúdo do Princípio do Direito de Família Mínimo.

Em seguida, estarão sobre comento os deveres conjugais estabelecidos pelo Código Civil e a sua importância na atualidade.

Ato contínuo, serão expostos os motivos que justificam o descabimento de tais deveres em uma sociedade na qual moral e direito não se confundem assim como a necessidade de um Estado Mínimo — isto é, da atuação estatal mínima, no que tange ao regramento da vida conjugal.

Finalmente serão evidenciadas as considerações finais desse diploma.

## 2. AUTONOMIA PRIVADA E ESTADO MÍNIMO

Esse item tem como escopo discutir a autonomia privada, sobretudo no que diz respeito ao exercício de forma positiva dos direitos da personalidade e sua disponibilidade. Outrossim, visa discutir a atuação mínima do Estado nas relações extrapatrimoniais, destacando-se o direito de família.

De acordo com Roxana Cardoso Brasileiro Borges, tradicionalmente, os direitos da personalidade são pensados de forma negativa e têm como característica a indisponibilidade. Contudo, para uma proteção mais efetiva desses direitos, deve-se pensá-los, também, no aspecto positivo, ou seja, o seu exercício, a liberdade jurídica de exercer os direitos da personalidade.<sup>1</sup>

Conforme a supradita autora, o direito à vida privada é a finalidade dos direitos da personalidade, a partir do qual cada indivíduo escolhe como gerir sua vida, desenvolvendo sua personalidade.<sup>2</sup> De acordo com Luigi Ferri, o exercício dos direitos da personalidade implica no poder dos particulares de estabelecer normas para gerir seus interesses. Haveria, então, um poder de disposição desses direitos.<sup>3</sup>

Como aduz Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a autonomia privada é ainda mais pregnante nos negócios jurídicos extrapatrimoniais, nas relações jurí-

- 
- 1 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.
  - 2 *Ibidem*, p. 113.
  - 3 FERRI, Luigi apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 114.

dicas nas quais os interesses particulares são predominantes, nessa seara, deve haver a intervenção mínima do Estado nos interesses privados.<sup>4</sup>

A autonomia privada consiste em um princípio fundamental do direito civil, algumas vezes pode ser compreendida como sinônimo de autonomia da vontade, já em outros momentos pode ser significada como a possibilidade de o indivíduo criar suas próprias regras.<sup>5</sup>

Conforme complementa Adriano Marteleto Godinho, a autonomia privada tem por conteúdo a própria liberdade pessoal, livre de interferências injustificadas de outrem.<sup>6</sup> Tal princípio, arremata ainda Fernanda Machado Amarante, concerne a possibilidade conferida aos indivíduos de regulamentar seus próprios interesses.<sup>7</sup>

A autonomia privada, coaduna ainda Adriano Marteleto Godinho, deve ser concebida como forma de realizar a própria personalidade, para tanto, a liberdade de se atuar no âmbito dos direitos da personalidade é essencial.<sup>8</sup>

---

4 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 118.

5 REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 21.

6 GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessidade de ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 32.

7 AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *ghost-writers* e indisponibilidade do direito à paternidade da obra. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 136.

8 GODINHO, Adriano Marteleto, op. cit., p. 32.



O exercício da autonomia e da liberdade coadunam-se com a própria dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito. Para exercer sua dignidade de forma concreta cada indivíduo deve desenvolver sua personalidade do modo que lhe apraz, sem intervenção do Estado ou de terceiros — nisso consiste a proteção positiva aos direitos da personalidade.

Nesse sentido, aduz Maurício Requião, a autonomia privada constitui um elemento importante para a concreção da dignidade da pessoa humana, em razão disso, deve-se ter cuidado quanto às limitações a tal autonomia, pois, se bem realizadas, podem promover a dignidade. Todavia, se promovidas limitações indevidas, pode-se causar prejuízo a realização concreta dessa dignidade.<sup>9</sup>

Noutro giro, de acordo com Bruna Andrade de Santana, o Código Civil de 1916 tutelava a família em seu aspecto externo, como um instituto jurídico formal, desconsiderando a individualidade de seus membros e os laços afetivos que esses estabeleciam. A família constituía uma cédula do Estado e, portanto, era extremamente normatizada, não havendo espaço para a autonomia privada das partes. Nessa conjuntura, havia uma intensa incidência de normas cogentes na seara do Direito de Família.<sup>10</sup>

Contudo, com a constitucionalização do Direito de Família, há a prevalência dos aspectos extrapatrimoniais da relação familiar, o que privilegia a dignidade

9 REQUIÃO, Maurício, op. cit., p. 21.

10 SANTANA, Bruna Andrade de. *A compreensão do dever de fidelidade na relação afetiva*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010, p. 45.

de seus membros e os vínculos afetivos entre eles. Assim, a família deixa de ser uma instituição do Estado e passa a ser a cédula da sociedade, tal qual se depreende da inteligência do art. 226 da Constituição Federal.<sup>11</sup>

Nesse sentido, acrescenta Cleber Affonso Angeluci, atualmente a família passa por diversas transformações, abandonando o modelo tradicional e patriarcal e indo na direção de formas inovadoras e diversificadas.<sup>12</sup>

De acordo com esse entendimento, complementa ainda Maria Celina B. Moraes, com a constitucionalização do direito de família verifica-se uma mudança na política legislativa do passado e uma tendência à proteção da personalidade dos membros da família.<sup>13</sup>

Devido a essa nova visão sobre a família, cuja principal missão é a promoção da dignidade de seus membros, como aduz Leonardo Barreto Moreira Alves, a incidência da autonomia privada deve ser a regra geral, pois a cada indivíduo deve ser permitido desenvolver suas relações afetivas da maneira que melhor lhe aprouver.<sup>14</sup>

Como corolário desse entendimento, ratifica o autor, tem-se que o Estado não deve interferir no âmbito familiar, fazendo-se necessário reservar um espaço íntimo para que os próprios membros da família

11 Ibidem, p. 45-46.

12 ANGELUCI, Cléber Affonso. A (Há) culpa na dissolução do casamento. *Revista Jurídica*, São Paulo: IOB, v. 57, n. 376, fev. 2009, p. 76.

13 MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 1, p. 9, 1991.

14 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 142.

— através do desejo e do afeto — busquem realizar a sua dignidade e felicidade. Desse modo, o Estado não pode ter a pretensão de sufocar as relações familiares, devendo privilegiar a liberdade afetiva por parte dos integrantes da família.<sup>15</sup>

Nesse sentido, arremata ainda o autor, há muito tempo a família deixou de ser uma cédula do estado e sua participação no âmbito familiar constitui um elemento estranho e externo às relações afetivas, podendo prejudicá-las. Por conseguinte, tal atuação deve ser evitada ao máximo. Já que a família deixa de ter suas funções tradicionais, vistas alhures, não faz mais sentido o Estado querer estabelecer deveres e restringir a liberdade de seus membros.<sup>16</sup>

Desse modo, sobre a perspectiva de uma atuação estatal mínima, a família constitui uma seara reservada à autonomia privada, ou seja, os indivíduos podem estabelecer suas próprias regras de convivência, segundo os parâmetros do desejo e do afeto, naquele espaço mais íntimo da vida social.

Nesse sentido, como assevera Flávio Tartuce, o direito privado, em especial no que tange ao direito de família, deve ser analisado sobre o prisma constitucional, prestigiando a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, aplicam-se então, nas relações entre particulares. A constitucionalização do direito de família remodelou os princípios inerentes a esse ramo<sup>17</sup>, destarte, os dis-

15 Ibidem, p. 142.

16 Ibidem, p. 142.

17 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1069, p. 2, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468>>.

positivos do Código Civil devem ser interpretados conforme a Constituição.

Privilegiar o exercício livre do afeto nas relações familiares, coaduna Leonardo Barreto Moreira Alves, consiste em privilegiar os seus diversos direitos fundamentais, o que constitui o verdadeiro objetivo, não apenas da família, mas do Estado Democrático de Direito.<sup>18</sup>

Vivencia-se, desse modo, o período de desinstitucionalização da família e de privatização do Estado, o que implica em uma intervenção mínima do Estado no Direito de Família e constitui a concepção de Direito de Família Mínimo. Por meio de tal princípio, compreende-se que o Estado só deve intervir na família em circunstâncias excepcionais e extremas, representando uma *ultima ratio*.<sup>19</sup>

*Para que haja a tutela da personalidade e se realize a dignidade humana, faz-se necessário uma intervenção mínima do Estado no direito de família, permitindo assim, que cada indivíduo e cada família possa ditar as regras que concretizariam sua dignidade e desenvolveriam sua personalidade no exercício de sua autonomia privada.*

### 3. DEVERES MATRIMONIAIS

O art. 1566 do Código Civil, como sinalam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, estabelece os deveres recíprocos entre os cônjuges que visam aperfeiçoar a plena comunhão de vida entre eles.<sup>20</sup>

18 ALVES, Leonardo Barreto Moreira, op. cit., p. 144.

19 Ibidem, p. 144.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 6: família. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 296.

Como verbera Rolf Madaleno, o casamento engloba deveres recíprocos e comuns, devido, em grande parte, à eminente influência do cristianismo na seara matrimonial. Tais deveres consistem em normas de comportamento matrimonial e de observação mútua, configurando normas cogentes do casamento e da união estável. Destaca-se que, como complementa esse autor, os deveres matrimoniais não podem sofrer disposição pela vontade dos cônjuges, nem mesmo através do contrato antenupcial. Isto é, não existe autonomia privada quanto à disposição de tais deveres.<sup>21</sup>

Nesse sentido, complementa Camilo de Lelis Colani Barbosa, por tratarem-se de normas cogentes, esses deveres não são atingidos pela autonomia privada. Os cônjuges não podem, portanto, modificar seu conteúdo ou alterar sua validade ou alcance.<sup>22</sup>

Por conseguinte, tais deveres são normas de ordem pública e consistem em encargos que os cônjuges têm reciprocamente. Como arremata Helen Cristina Leite de Lima Orleans, através desses deveres a lei estabelece que os cônjuges são obrigados à abstenção de determinados comportamentos e à prática de outros.<sup>23</sup>

Os deveres matrimoniais são: fidelidade recíproca; na vida em comum no domicílio conjugal; na mútua assistência; no sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

21 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177-179.

22 BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126.

23 ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Infidelidade e internet: breve análise acerca da responsabilidade civil nos casos de infidelidade virtual. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 943, p. 36, maio 2014.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o adultério representa a quebra do dever conjugal de fidelidade. Contudo, tal prática consuma-se apenas pelo coito vaginal. Essa compreensão representa um contrassenso diante da existência de inúmeros outros atos sexuais, que, embora não configurem adultério, implicariam na violação dos deveres de respeito e consideração mútuos.<sup>24</sup>

Tal dever prestigia a determinação de que o casamento constitui uma relação monogâmica, como assinala Juliano Silva do Lago.<sup>25</sup>

Nesse giro, coaduna Bruna Andrade de Santana, o dever em relevo constitui uma opção do legislador pelo modelo monogâmico, segundo o qual se impõe exclusividade na prestação sexual entre os cônjuges, devendo esses se absterem da prática de coito com terceiros. Trata-se do único dever conjugal que pressupõe um comportamento negativo, já que os demais deveres concernem a ações e não a omissões.<sup>26</sup>

O dever de coabitação, por sua vez, como aduz Raiany Maiara Kreusch, abarca dois aspectos: a convivência sob o mesmo teto e a satisfação mútua das necessidades sexuais. Desse modo, o abandono do lar e o débito carnal significariam omissão ao dever de coabitação.<sup>27</sup> Tal satisfação, de acordo com Cristiano

---

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 270.

25 LAGO, Juliano Silva do. O adultério virtual como uma forma de violação dos deveres conjugais: problematização. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 5, n. 257, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1916>>.

26 SANTANA, Bruna Andrade de, op. cit., p. 15.

27 KREUSCH, Raiany Maiara. *A responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Gradua-

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, limitar-se-ia ao coito vaginal, excluindo outras práticas sexuais.<sup>28</sup>

Nesse sentido, complementa Otávio Augusto Reis de Sousa, tal dever abrange o direito recíproco de um cônjuge sobre o corpo do outro e por outro lado o dever mútuo de prestação do débito conjugal.<sup>29</sup>

O dever de assistência mútua, como apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, inclui aspectos materiais e morais, impondo ao cônjuge a “prestação daquilo que o outro precisa para viver.”<sup>30</sup> Tal dever, de acordo com Flávio Tartuce, decorre da boa-fé e deve ser entendido não apenas como assistência econômica, mas também assistência moral e afetiva.<sup>31</sup>

O dever de guarda, sustento e educação dos filhos consiste em um dever da parentalidade e não da conjugalidade. O legislador equivoca-se ao dispor desse dever como algo inerente à relação matrimonial, já que se pode ter filhos sem necessariamente ter-se uma relação conjugal, assim como se pode ter uma relação conjugal sem filhos.

---

ção em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 68-69. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127446/Monografia%20Raiany%20%284%29%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 299.

29 SOUSA, Otávio Augusto Reis de. Débito Conjugal e suas Vicissitudes. *Revista da APG — Associação de Pós Graduandos da PUC/SP*, São Paulo, ano VIII, p. 113-141, 1999. Disponível em: <[http://www.viajuridica.com.br/download/60\\_file.doc](http://www.viajuridica.com.br/download/60_file.doc)>.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 302.

31 TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família* (Cessou em 2007. Cont. ISSN 1982-503X Revista IOB de Direito da Família), v. 35, p. 6, 2006.

Finalmente o dever de respeito e considerações mútuos, de acordo com o qual os cônjuges na esfera pública e na intimidade do lar, não podem insultar ou ofender um ao outro.<sup>32</sup> Esse dever tem como corolário a fidelidade e a lealdade, ultrapassando o conceito de adultério. Ou seja, até mesmo uma traição virtual configuraria a quebra de respeito e lealdade, não se limitando esse dever ao coito vaginal.

Tais situações estavam previstas no art. 231 do Código Civil de 1916, às quais o legislador de 2002 acrescenta o respeito e a consideração mútuos. Conforme sinala Rolf Madaleno, a infração de qualquer um desses deveres levaria o cônjuge a ter prejudicado o acesso ao “processo culposo de separação judicial, obrigatoriamente evidenciando haver se tornado insuportável a sua vida conjugal.”<sup>33</sup>

Desse modo, em 1916 a violação de um dever conjugal teria como efeito configurar a culpa no processo de separação. Contudo após a PEC 28 de 2009, como sinala Bianca Ferreira Papin, não há mais requisitos para a decretação do divórcio, tais como a culpa.<sup>34</sup> Portanto, não mais se precisa provar culpa no processo de divórcio. Por conseguinte, os deveres matrimoniais perderam seu único efeito.

---

32 KREUSCH, Raiany Maiara, op. cit.

33 MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, n. 11, p.152, out./dez. 2001. Disponível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Rolf\\_Madaleno/infidelidade.pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/infidelidade.pdf)>.

34 PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr./maio 2010. Disponível em: <<http://awmueller.com/psicoterapia-diversos/pec.pdf>>.



Ou seja, atualmente, tais deveres apresentam apenas um efeito “pedagógico”, não produzindo mais qualquer consequência jurídica, posto que seu único efeito foi — como visto — extirpado do sistema jurídico.

#### **4. AUTONOMIA PRIVADA E OS DEVERES MATRIMONIAIS DE COABITAÇÃO E DE FIDELIDADE RECÍPROCA**

Neste capítulo, cumpre discutir sobre o cabimento dos deveres matrimoniais de coabitação e de fidelidade recíproca em uma sociedade na qual direito e moral não se confundem. Igualmente, visa-se discutir sobre a autonomia privada diante de tais deveres, ou seja, a possibilidade do casal ditar as regras de sua convivência.

É importante evidenciar que, nesse diploma, faz-se a opção de discutir o (des)cabimento, face a autonomia privada, apenas dos deveres conjugais de fidelidade recíproca e de coabitação.

A ingerência do Estado na vida familiar ao fixar esses dois deveres conjugais, de acordo com Maria Berenice Dias, é descabida e despicienda, visto que seu descumprimento não gera a possibilidade de execução forçada. Tais disposições não podem ser exigidas juridicamente, sua utilidade restringia-se a, como dito alhures, fundamentar a ação de separação contenciosa. Contudo, hodiernamente, nem mesmo esse efeito é produzido, posto que o divórcio prescinde causa.<sup>35</sup>

O inadimplemento de tais deveres, acrescenta a autora, durante a vigência do vínculo conjugal não

---

35 DIAS, Maria Berenice. *A estatização do afeto*. 2002. Disponível em: <[http://www.berenicedias.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_estatiza%E7%E3o\\_do\\_afeto.pdf](http://www.berenicedias.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf)>.

afeta a sua existência, validade ou eficácia. Desse modo, é inútil o legislador tentar impor o modo de convivência nas relações conjugais.<sup>36</sup>

Os vínculos afetivos são da ordem do desejo, arre-mata a autora, sempre existiram, independentemente das regras do Estado. O Direito não pode legislar sobre a sexualidade, pois essa pressupõe o desejo. Nesse caso, o desejo legisla sobre o Direito.<sup>37</sup>

Nesse sentido, complementa Thiago Felipe Vargas Simões, a tendência da família moderna constitui em sua composição alicerçada na afetividade, como foi dito alhures. Ou seja, o afeto é considerado mola propulsora dos laços familiares e das relações conjugais, as quais são movidas pelo amor e têm como fim a concretização da dignidade humana.<sup>38</sup>

Isto é, como coaduna Verônica Rodrigues de Miranda, o direito de família preocupa-se com questões relativas à dignidade humana, a afetividade e a solidariedade familiar.<sup>39</sup>

Consoante a esse entendimento, constitui um dissenso a limitação das opções afetivas de cada família, pois nessa seara a afetividade deve ser o critério de escolha e a força motriz. Não cabe, por conseguinte, uma determinação legal cogente sobre o comporta-

---

36 Ibidem.

37 DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 07 jan. 2001. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2363>>.

38 SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Boa fé nas relações familiares. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, n. 4, jul./dez. 2009, p. 453.

39 MIRANDA, Verônica Rodrigues de. A boa-fé objetiva no direito de família. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 106, jan. 2013.

mento do indivíduo na esfera mais íntima de suas relações sociais: a família.

Quanto ao dever de fidelidade, cumpre ressaltar que a monogamia, valor que o orienta, constitui em uma influência do modelo cristão. Os valores e dogmas cristãos influenciaram bastante o Estado brasileiro, de modo que esse adotou a monogamia como norma cogente.<sup>40</sup>

Nesse sentido, coaduna Bruna Andrade de Santana, os valores predominantes atualmente não reputam relevante para a manutenção da sociedade conjugal tal dever, posto que o casamento passou a ser considerado uma comunhão de vidas e afetos. Contrariamente a essa ideia, os deveres em relevo consistem em um instrumento de repressão sexual.<sup>41</sup>

De acordo com tal entendimento, assevera Maria Berenice Dias, a infidelidade não tem mais utilidade como fundamento para a separação. Outrossim, a fidelidade é um direito que não pode sofrer execução forçada. Por conseguinte, não se justifica a permanência da previsão legislativa em tela como dever legal, sobretudo, em virtude do fato de que as pessoas não são fiéis devido a uma imposição normativa e não deixarão de sê-lo em razão de sua ausência.<sup>42</sup>

Dessarte, complementa a autora, uma imposição legal de condutas não tem o condão de consolidar o vínculo conjugal.<sup>43</sup>

---

40 SANTANA, Bruna Andrade de, op. cit., p. 42.

41 Ibidem, p. 15.

42 DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. 2001. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_o\\_dever\\_de\\_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_o_dever_de_fidelidade.pdf)>, p. 3.

43 Ibidem, p. 3.

Já quanto ao dever conjugal de coabitação e o débito conjugal, tal como assevera Otávio Augusto Reis de Sousa, a doutrina católica reporta ao casamento tais deveres.<sup>44</sup> Ou seja, esse dever é fruto da tradição canônica.

Desse modo, tal dever é evidentemente pautado na moral religiosa de determinada doutrina e apenas justifica-se como tal, não tendo valor jurídico como obrigação.

Posto que, como assinalam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a obrigação de manter relações sexuais violaria a dignidade dos cônjuges e representaria uma interdição à sua vida privada. A relação sexual é uma materialização do afeto e, portanto, não pode ser tratada como uma obrigação. Tal tratamento estimularia, outrossim, a violência doméstica e o atentado contra a dignidade sexual dos cônjuges.<sup>45</sup>

Difícilmente pode-se pensar em algo mais atentatória a dignidade de um indivíduo e aos laços afetivos de um casal do que a estipulação do ato sexual como uma obrigação jurídica. Esse dever prestigia o Direito de família como cédula do Estado procriacionista e opressivo da liberdade sexual e afetiva. Afinal, tira o direito do indivíduo a poder dispor de uma das esferas mais íntimas de seu corpo, a sua sexualidade. Contudo tal visão foi, como dito alhures, superada.

A desrazão do dever em tela evidencia-se no fato de que a hipótese de sua execução forçada constituiria em crime de estupro.

Nesse sentido, coaduna Clarissa Bottega, o ato sexual deve ser pautado no prazer e observar os princípios

---

44 SOUSA, Otávio Augusto Reis de, op. cit., p. 6-7.

45 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 300.

da dignidade humana, da liberdade, da privacidade e da inviolabilidade do corpo.<sup>46</sup> A relação sexual, por consistir em uma expressão de desejo e afeto, teria seu sentido desvirtuado se considerada como um dever jurídico.

Noutro giro, o Estado fixou tais deveres em uma tentativa de impor padrões de uma moralidade objetiva e controlar a ordem social.<sup>47</sup> No entanto, o afeto, a sexualidade e o desejo escapam ao direito, por estarem no campo da subjetividade, sendo matéria ilegislável.

Outrossim, em tais ingerências o Estado viola os direitos fundamentais à privacidade e a liberdade dos indivíduos.

Ademais, acrescentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, tampouco parece razoável o aspecto de tal dever que determina que os cônjuges têm que viver sobre o mesmo teto.<sup>48</sup>

Roxana Cardoso Brasileiro Borges complementa que a moral e os bons costumes, se não refletidos na letra da lei não podem ser limites jurídicos para as escolhas das vidas das pessoas.<sup>49</sup> Os deveres conjugais de fidelidade recíproca e de coabitação, sem embargo, estarem positivados no Código Civil, têm um conteúdo exclusivamente moral, representando, tão somente uma opção moral do legislador.

---

46 BOTTEGA, Clarissa. Direitos e deveres do casamento, análise crítica ao débito conjugal na seara do artigo 1.566 do NCCB. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 7. n. 1, p. 101-116, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.clarissabottega.com/art%20debitoconjugal.htm>>.

47 DIAS, Maria Berenice, 2001a, op. cit.

48 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 302.

49 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 137.

A modulação de tais deveres não causaria lesão a direitos alheios e, muitas vezes, contrariamente, a ausência de liberdade de disposição quanto a esses deveres pode vir a lesar a dignidade do indivíduo. Há, então, uma confusão do legislador entre Direito e moral e sobre o limite moral do Direito ao impor os deveres em tela.

Conforme aduz Maurício Adeodato, em sociedades complexas como a brasileira, a moral e os bons costumes não se confundem com o Direito, o qual não deve receber influência desses.<sup>50</sup> Destarte, o legislador não pode pautar-se em um critério moral, baseado em uma influência religiosa, como visto alhures, para estabelecer de que forma o indivíduo deve portar-se dentro de suas relações familiares.

Diante de uma realidade plural e de uma família plural — estabelecida pela Carta Magna — a diversidade deve ser fonte de riqueza de direitos. Representando uma ofensa à dignidade da pessoa humana impedir alguém de realizar atos que proporcionem sua felicidade quando não há interferência em direitos alheios.<sup>51</sup>

Nesse giro, complementam Mônica Silva Cruz e Bruna Barbieri Waquim, com a constitucionalização do direito de família supera-se a antiga visão político-religiosa-econômica-procrionaista desse instituto, que cede lugar à visão da família como o espaço da realização da dignidade e da afetividade de cada um de seus membros.<sup>52</sup>

50 ADEODATO, Mauricio apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 137-138.

51 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 141.

52 CRUZ, Mônica Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. A (curiosa) transformação legislativa do direito de família brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 944, p. 17, jun. 2014.

A visão conservadora do casamento, coaduna Carlos Eduardo de Castro Palermo, pautado na união de homem e mulher reunidos por uma promessa de fidelidade sexual, assunção de filhos e cuidados recíprocos deve ser atualizada.<sup>53</sup>

Os deveres conjugais, destacados, são um resquício dessa superada visão religiosa e procrícionista. Contudo, tais deveres não têm mais cabimento em um Direito de Família constitucionalizado, cujo principal parâmetro é a afetividade.

Nesse giro, uma leitura constitucional do Direito de Família, possibilita que o indivíduo realize sua dignidade em suas relações afetivas através do exercício de sua liberdade e autonomia, naquilo que não viola direito alheio. Logo, o fato de dois indivíduos maiores e capazes resolverem dispor de tais deveres ou modulá-los mediante a realização de sua autonomia privada não deve ser algo proibido pelo Direito.

Nesse sentido, de acordo com o princípio da secularização (laicização), apontado por Belmiro Pedro Welter, o Estado não deve interferir de forma coercitiva na vida moral dos indivíduos e nem tampouco promover sua moralidade de forma coativa, devendo apenas tutelar a segurança dos cidadãos, impedindo que se lesem mutuamente. Tal princípio invoca a proteção à vida privada e à intimidade, estabelecendo uma atuação mínima do Estado. Assim, o princípio em relevo faz um corte entre a moral eclesiástica e o direito.<sup>54</sup>

53 PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A desconstrução do casamento tradicional e as novas formas familiares. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 48, p. 124, jun./jul. 2008.

54 WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização da culpa no Direito de Família*. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9414-9413-1-PB.pdf>>.

O Estado deve, contrariamente, interferir de forma mínima nas relações familiares, permitindo que cada indivíduo possa determinar seu comportamento moral de acordo com sua vontade, crenças e parâmetros de concreção de sua felicidade e dignidade.

Os deveres conjugais são um reflexo da moral canônica no Direito. Contudo, em um Estado laico que preserva a dignidade humana, tal reflexo deve dar lugar à liberdade de pensamento e de ação e à possibilidade das pessoas normalizarem sua vida íntima sem a ingerência do Estado.

Os cônjuges devem ter a liberdade para fixar as normas que modularão sua relação da forma que melhor lhes aprouver, pois apenas cada indivíduo tem a dimensão de que modo pode desenvolver sua personalidade e alcançar a felicidade, concretizando sua dignidade.

Deve, portanto, existir a possibilidade de se dispor de tais deveres, até mesmo através do pacto antenupcial. Nesse contrato, o casal, movido pela afetividade e suas escolhas individuais, deve ter a liberdade de pactuar aquilo que for mais condizente com a sua realização afetiva.

Em vista disso, deve haver ampla autonomia privada nas relações conjugais e na fixação das regras de convivência. Para tanto, é necessário haver um Estado Mínimo, que só venha a interferir quando haja lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais dos membros da família.<sup>55</sup>

Nesse giro, arremata Maria Berenice Dias, as relações conjugais tendem a repudiar a ingerência do

---

55 Idem.



público.<sup>56</sup> Não deve haver a estatização do afeto ou da sexualidade, pois, em tais esferas da subjetividade humana, o desejo legisla e não o Direito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- Para que haja uma tutela efetiva dos direitos da personalidade, é necessário pensá-los de forma positiva, no seu exercício, uma vez que o exercício e o desenvolvimento livres da personalidade concretizam a dignidade humana. Para que tal realização seja possível no âmbito do Direito de família, faz-se imperativa a intervenção mínima do Estado, de modo que cada indivíduo ou família possa estabelecer as regras para gerir suas próprias vidas.
- Os deveres conjugais de fidelidade e coabitação são descabidos e inúteis, pois não produzem nenhum efeito jurídico. Ademais, esses deveres representam uma confusão entre moral e Direito, pois, na tentativa de fixar um padrão moral e uma ordem social, o Estado viola os direitos da personalidade à liberdade e à privacidade. Em uma sociedade complexa, a moral e o direito são campos autônomos, não se imiscuindo. Tal influência da moral no direito apenas perpetua violação a dignidade da pessoa humana.
- As relações conjugais — sobretudo as sexuais — são da ordem do afeto e do desejo não podendo representar uma obrigação, visto que

---

56 DIAS, Maria Berenice, 2001a, op. cit.

isso atentaria contra sua própria natureza e contra a dignidade dos cônjuges.

- O Estado deve atuar de forma mínima nas relações conjugais, apenas quando houver lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais, justificando-se a ação do Estado apenas como *ultima ratio*. Pois, apenas desse modo, a atuação estatal não lesaria a liberdade e a dignidade dos cônjuges. A família, portanto — como cédula da sociedade e não do Estado — deve ser um espaço no qual prepondera a autonomia privada. Em vista disso, cada um de seus membros poderá, sem limitações do Estado, realizar-se de forma plena e afetiva na seara mais íntima da vida social.
- Os cônjuges devem ter uma ampla esfera de autonomia para legislar sobre suas próprias vidas, de acordo com a lógica do desejo de modo a desenvolver sua personalidade e concretizar sua dignidade.
- Os deveres conjugais de fidelidade e de coabitação devem ser extirpados do sistema normativo, posto que não se coadunam com a leitura constitucional do Direito de Família e representam uma grave lesão a dignidade humana e ao próprio laço de afetividade que existe entre os cônjuges.
- Os deveres matrimoniais não devem constituir *jus cogens*, posto que — devido à moderna perspectiva de família como espaço de concretização do afeto, realização da dignidade e desenvolvimento da personalidade — não se

justifica o interesse público na vida conjugal, sobretudo no que tange ao âmbito sexual.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *ghost-writers* e indisponibilidade do direito à paternidade da obra. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 127-145.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. A (Há) culpa na dissolução do casamento. *Revista Jurídica*, São Paulo: IOB, v. 57, n. 376, p. 75-88, fev. 2009.
- BARBOSA, Camilo de Leles Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOTTEGA, Clarissa. Direitos e deveres do casamento, análise crítica ao débito conjugal na seara do artigo 1.566 do NCCB. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 7. n. 1, p. 101-116, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.clarissabottega.com/art%20debitoconjugal.htm>>.
- CRUZ, Mônica Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. A (curiosa) transformação legislativa do direito de família brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 944, p. 17-37, jun. 2014.
- DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na

união estável. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 07 jan. 2001a. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2363>>.

\_\_\_\_\_. *A estatização do afeto*. 2002. Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_estatiza%E7%E3o\\_do\\_afeto.pdf](http://www.berenedias.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *O dever de fidelidade*. 2001b. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_o\\_dever\\_de\\_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_o_dever_de_fidelidade.pdf)>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 6: família. Salvador: JusPodivm, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessidade de ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 31-50.

KREUSCH, Raiany Maiara. *A responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127446/Monografia%20Raiany%20%284%29%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

LAGO, Juliano Silva do. O adultério virtual como uma forma de violação dos deveres conjugais: problematização. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 5, n. 257, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1916>>.

MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, n. 11, p.152, out./dez. 2001. Dispo-

nível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Rolf\\_Madaleno/infidelidade.pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/infidelidade.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Verônica Rodrigues de. A boa-fé objetiva no direito de família. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 99-116, jan. 2013.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 1, p. 9, 1991.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Infidelidade e internet: breve análise acerca da responsabilidade civil nos casos de infidelidade virtual. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 943, p. 19-60, maio 2014.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A desconstrução do casamento tradicional e as novas formas familiares. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 48, p. 112-130, jun./jul. 2008.

PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr./maio 2010. Disponível em: <<http://awmueller.com/psicoterapia-diversos/pec.pdf>>.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 13-30.

SANTANA, Bruna Andrade de. *A compreensão do dever de fidelidade na relação afetiva*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Boa fé nas relações familiares. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, n. 4, jul./dez. 2009, p. 453.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. Débito Conjugal e suas Vicissitudes. *Revista da APG — Associação de Pós Graduandos da PUC/SP*, São Paulo, ano VIII, p. 113-141, 1999. Disponível em: <[www.viajuridica.com.br/download/60\\_file.doc](http://www.viajuridica.com.br/download/60_file.doc)>.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468>>.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família* (Cessou em 2007. Cont. ISSN 1982-503X Revista IOB de Direito da Família), v. 35, p. 5-32, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização da culpa no Direito de Família*. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9414-9413-1-PB.pdf>>.



