

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 07 | 2013.1



Cadernos de Iniciação Científica

Nº 07 | 2013.1

Salvador, Bahia
2014

ISSN: 2176-0039

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Editoração eletrônica:

Carla Piaggio, Mariucha Ponte
(contato@carlapiaggio.com.br)



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

Sumário

Capítulo I

DA (IM)POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO *DOMINUS LITIS* 13

Amon Pedreira Felix

1. Notas introdutórias sobre sistemas processuais penais . 16
 - 1.1. O sistema processual penal acusatório 18
 - 1.2. O sistema processual penal inquisitivo 20
 - 1.3. O sistema processual penal misto 23
2. O sistema processual brasileiro..... 24
3. Constituição de 1988 e o processo penal..... 29
 - 3.1. Garantismo penal de Luigi Ferrajoli 29
 - 3.1.1. *Nulla culpa sine iudicio* e a CF/88 30
 - 3.1.2. *Nullum iudicium sine accusatione* e a CF/1988..... 31
 - 3.1.3. *Nulla accusatio sine probatione* e a CF/88 .. 32
 - 3.1.4. *Nulla probatio sine defensione* e a CF/88.. 33
4. Da (im)possibilidade do juiz proferir sentença condenatória, em ação penal pública, contrariando o postulado absolutório do *dominus litis*..... 35
 - 4.1. Da violação ao princípio (sistema) acusatório 37
 - 4.1.1. Da violação ao princípio da imparcialidade do juiz..... 38
 - 4.1.2. Da violação ao princípio do contraditório.. 40
 - 4.2. Princípio da indisponibilidade da ação penal pública e o esvaziamento da pretensão acusatória.. 41
5. Conclusão..... 46
6. Referências bibliográficas..... 49

Capítulo II

A ABORDAGEM INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM JULGADOS APÓS

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DO
PROCEDIMENTALISMO AO SUBSTANCIALISMO..... 53**

Daniela Dias Queiroz

1. Introdução	57
2. A Jurisdição Constitucional e o seu Papel dentro do Estado Democrático de Direito	58
2.1. Algumas noções sobre a Jurisdição Constitucional	58
2.2. O Controle de Constitucionalidade e os Tribunais Constitucionais.....	59
3. O Controle Concentrado de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988	62
4. O STF, a Jurisdição Constitucional e o Controle Concentrado: algumas questões.....	65
5. As divergências teóricas entre Procedimentalismo e o Substancialismo	66
6. Alguns exemplos de julgados logo após a CF/88: uma interpretação procedimentalista do STF. E alguns julgados mais recentes: uma fundamentação substancialista objetivando interpretar as leis conforme a CF..	67
7. Alguns dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres	75
8. A interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006: o substancialismo aplicado pelo STF no julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF	79
8.1. O Julgamento da ADC 19/DF na mesma sessão	80
8.2. O Julgamento da ADI 4.424/DF	82
8.2.1. A exordial proposta pelo Procurador Geral da República.....	83
8.2.2. Defesa do texto atual pelo Advogado do Senado	87
8.2.3. Os fundamentos apresentados pelo Relator e seguidos pelos demais Ministros do STF.....	88
9. Considerações Finais	92
10. Referências	93

Capítulo III

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ARBITRAL 93

Gabriel Borghoff

1. Introdução	98
2. Controle difuso de constitucionalidade	100
3. Jurisdição	102
4. Arbitragem e ordem pública	105
5. Jurisdicionalidade da arbitragem	107
6. Controle de constitucionalidade no processo arbitral	111
7. Possibilidade de violação ao princípio da reserva de plenário	116
8. Controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira	119
9. Conclusão	122

Capítulo IV

A IMUNIDADE PARLAMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO 125

Hannah Abram Santos

1. Introdução	127
2. Escorço Histórico da Imunidade Parlamentar	129
2.1. No Brasil	132
2.2. Na Constituição Federal de 1988	137
2.3. Em Países Alienígenas	139
3. Direitos Fundamentais	144
3.1. Liberdade de Expressão	145
4. Sobre a Imunidade Parlamentar	150
4.1. Imunidade Formal: Fundamentos e Limitações ..	153
4.2. Imunidade Material: Fundamentos e Limitações ..	155
4.3. Sobre a Necessidade da Imunidade Parlamentar ..	157
4.4. Entendimento Jurisprudencial	160
5. Abusos da Imunidade Parlamentar e a (Im)possibili- dade de Restrição	165
6. Considerações Finais	171
7. Referências	173

Capítulo V

A FANTÁSTICA FÁBRICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS..... 177

Karoline Moraes Francisco Pereira

1. Introdução	180
2. O nascimento do dano extrapatrimonial.....	181
3. A (in)existência da indústria do dano moral.....	190
4. O rio das demandas frívolas	203
5. Considerações finais	215
6. Referências	216
7. Anexo	217

Capítulo VI

A VONTADE DO ESTADO E A VONTADE DA VÍTIMA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E DO DIREITO PENAL BRASILEIRO..... 235

Laís Pires Ferreira, Lucas Araújo Mascarenhas, Sarah Cabral Ferreira Bispo

1. Introdução	238
2. A Vontade da Vítima e o Direito Processual Penal....	239
2.1. Crimes de ação penal pública	239
2.1.1. Incondicionada	240
2.1.2. Condicionada a representação.....	242
2.2. Crimes de ação penal pública de iniciativa privada.....	246
3. A vítima e o Direito Penal	259
3.1. Sujeitos mediato e imediato	250
3.2. O Direito Penal e a função de proteção de bens jurídicos.....	251
3.3. Vitimologia e Vitimodogmática: redescobrimto da vítima.....	255
4. A vontade da vítima e a ação penal	260
4.1. A vontade da vítima ante o interesse público estatal.....	260
4.2. O caráter instrumental do processo penal e o interesse da vítima	263

5. Considerações Finais	264
6. Referências Bibliográficas	267

Capítulo VII

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS269

Luciano Aguiar Borges

1. Introdução	272
2. O princípio-garantia da individualização das penas	273
3. O método legal de aplicação da pena	278
4. Art. 59: a relevância jurídico-penal das circunstâncias judiciais na aplicação das penas	283
4.1. A culpabilidade	287
4.2. Antecedentes	297
4.3. Conduta social	299
4.4. Personalidade	303
4.5. Motivos	307
4.6. Circunstâncias	309
4.7. Consequências do crime	310
4.8. Comportamento da vítima	311
5. Considerações finais	313
6. Referências bibliográficas	321

Capítulo VIII

A LIBERDADE RELIGIOSA E A EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE DO GARANTIDOR PELO MOTIVO DE CONSCIÊNCIA323

Maiana Guimarães de Sousa e Silva

1. Introdução	326
2. Liberdade religiosa	327
2.1. A Liberdade Religiosa e os seus desdobramentos	327
2.2. Liberdade Religiosa como Direito Fundamental e Humano	331
2.3. Tutela Constitucional à Liberdade Religiosa	336
3. A omissão penalmente relevante e a Liberdade Religiosa	340

3.1. Sobre a definição de garantidor	340
3.2. As consequências jurídicas da omissão imprópria	342
3.3. A omissão imprópria e o motivo de consciência ..	343
4. Culpabilidade	344
4.1. Causas de exclusão da culpabilidade	344
4.2. A inexigibilidade de conduta diversa	346
4.3. Motivo de Consciência	350
4.4. O motivo de consciência como exclusão de culpabilidade	352
5. Considerações finais	354
6. Referências	356

Capítulo IX

O LEVANTAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS, EM PORTUGAL, BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA..... 359

Rebecca Wicks Sant'anna

1. O direito brasileiro	362
2. O direito português	371
3. O direito norte americano	379
4. Grelha comparativa	386
5. Síntese comparativa/considerações finais	388
6. Referências	390

Capítulo X

EUGENIA E MANIPULAÇÃO GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL..... 393

Thais Rivera Duran Barreto

1. Introdução	396
2. Sobre o tratamento jurídico da matéria e sua contextualização histórica	398
2.1. Contextualização histórica	398
2.2. Lei de Biossegurança	400
2.3. Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina	405

2.4. Reprodução Artificial e a legislação portuguesa ..	406
2.5. Entendimento do STF sobre o assunto	407
3. Declaração universal do genoma humano e dos direitos humanos.....	408
4. Distinções conceituais necessárias	411
4.1. A engenharia genética.....	411
4.2. Reprodução artificial	413
4.3 Eugenia	415
4.4. O genoma	415
4.5. Opções conceituais	417
5. Eugenia e manipulação	419
5.1. História da Eugenia	419
5.2. A implantação da eugenia no Brasil e na América Latina.....	425
5.3. A Eugenia no contexto hodierno: possibilidades de manipulação.....	427
6. Considerações finais	434
7. Referências	439

Capítulo I

Da (im)possibilidade do juiz
proferir sentença condenatória,
em ação penal pública,
contrariando o postulado
absolutório do *dominus litis*

Amon Pedreira Felix

Graduando da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: felixamon@hotmail.com

Da (im)possibilidade do juiz proferir sentença condenatória, em ação penal pública, contrariando o postulado absolutório do *dominus litis*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade do juiz proferir sentença condenatória, em ação penal pública, contrariando a postulação absolutória do Ministério Público — titular da ação penal pública. Para tanto, foi necessário analisar os diferentes modelos de sistema processual penal, bem como realizar um debate acerca de qual o modelo adotado no Brasil. Buscou-se, ainda, realizar uma aproximação entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, tendo como norte interpretativo o estudo do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Palavras-chave: Sistema Acusatório. Constituição Federal. Garantismo Processual Penal. Artigo 385 do CPP.

Sumário: 1. Notas introdutórias sobre sistemas processuais penais: 1.1. O sistema processual penal acusatório; 1.2. O sistema processual penal inquisitivo; 1.3. O sistema processual penal misto — 2. O sistema processual brasileiro — 3. Constituição de 1988 e o processo penal: 3.1. Garantismo

penal de Luigi Ferrajoli; 3.1.1. *Nulla culpa sine iudicio* e a CF/88; 3.1.2. *Nullum iudicium sine accusatione* e a CF/88; 3.1.3 *Nulla accusatio sine probatione* e a CF/88; 3.1.4. *Nulla probatio sine defensione* e a CF/88 — 4. Da (im)possibilidade do juiz proferir sentença condenatória, em ação penal pública, contrariando o postulado absolutório do *dominus litis*: 4.1. Da violação ao princípio (sistema) acusatório; 4.1.1. Da violação ao princípio da imparcialidade do juiz; 4.1.2. Da violação ao princípio do contraditório; 4.2. Princípio da indisponibilidade da ação penal pública e o esvaziamento da pretensão acusatória — 5. Conclusão — 6. Referências bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para poder discorrer acerca dos sistemas processuais penais, imperioso se faz definir a palavra “sistema” etimologicamente, sob pena de correr em um erro metodológico, sem contar a falta de compreensão do assunto que tal omissão pode vim a acarretar (RANGEL, 2010, p.49).

Desta feita, sistema, de acordo com o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2007, p.742), é:

Conjunto de elementos, entre os quais haja uma relação. 2. Disposições das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam uma estrutura organizada. 3. Reunião de elementos naturais da mesma espécie. 4. Método, plano. 5. Modo, jeito. 6. Modo de governo, de administração, de organização social.

Assim, sistema jurídico deve ser entendido como a composição de um conjunto de normas organizadas e estruturadas a partir da Constituição, e “nela estão organizadas as estruturas conceituais, os princípios fundamentais, os objetivos do Estado, a ordem econômica, política e social” (THUMS, 2006, p.77).

Do quanto exposto, pode-se sintetizar sistema processual penal como o:

[...] conjunto de regras aplicáveis a partir da ocorrência de uma infração penal, visando disciplinar o procedimento da apuração de uma infração penal, a formulação de uma acusação, o rito a ser observado, o julgamento do réu, os recursos existentes, bem como as normas relativas à execução de eventual pena imposta (MAGNO, 2007, p.5).

Sistema processual penal, então, pode ser compreendido como o conjunto de axiomas e regras constitucionais que variam de acordo com o momento político de cada Estado, sendo este o responsável por balizar a aplicação do direito penal a cada caso concreto (RANGEL, 2010, p.49).

Com efeito, sempre que o Estado se viu ameaçado pela criminalidade, acionaram-se os Direitos Penal e Processual Penal, seja positivando leis mais rígidas, quer seja adotando um sistema mais inflexível. Deste modo, os Sistemas Penais mostram-se como verdadeiros reflexos do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da Época (LOPES JÚNIOR, 2013, p.105).

Ademais, conforme aponta Hélio Tornaghi (1990, p. 8-9), “o processo penal se apresenta, através da história, sob três formas diferentes conhecidas pelos no-

mes: Acusatória; Inquisitória; mista;”. Sendo assim, imperioso se faz para o presente trabalho, ainda que de forma perfunctória, abordá-los individualmente.

1.1. O sistema processual penal acusatório

Conforme assevera Denilson Feitosa (2008, p.54):

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a Idade Média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra.

O sistema processual penal acusatório, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.38), possui como característica fundamental a separação que se faz entre os personagens responsáveis pela função de acusar, de defender e de julgar. Ademais, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo, o Estado-juiz mostra-se imparcial e o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado — devendo o magistrado, no caso concreto, escolher a prova mais robusta e que menos irrefutável se mostre, não as tarifando previamente.

Observa-se, então, que ao distribuir as funções de acusar, defender e julgar, o Estado está garantindo umas das maiores formas de se mostrar imparcial, haja vista o julgador *ne procedat iudex ex officio*, decorrência lógica da regra *nullum iudicium sine accusatione* (POZZER, 2001, p.31).

Assim, segundo Adolfo Alvarado Velloso, o sistema acusatório é:

Um método bilateral no qual dois sujeitos naturalmente desiguais discutem pacificamente em situação de igualdade jurídica assegurada por um terceiro que atua na qualidade de autoridade, dirigindo e regulando o debate para, chegando ao momento, sentenciar a pretensão discutida (2012, p.20).

Cria-se neste sistema um verdadeiro *actum trium personarum*, haja vista a nítida separação de funções de acusar, julgar e defender, atribuídas a pessoas distintas. Aqui, a manifestação do magistrado é condicionada à prévia provocação das partes, cabendo tão somente ao autor realizar a acusação, assumindo, por conseguinte, todo o ônus probatório — além de ser garantido ao acusado o direito de exercer todos os meios e recursos inerentes à sua defesa (RANGEL, 2013, p.49).

Nota-se, então, que é uma decorrência natural deste sistema a carência do poder impulsionador observado ao juiz, o qual deve aceitar como certo os fatos admitidos pelas partes, bem como conformar-se pelos meios de prova produzidos por elas (VELLOSO, 2012, p.21).

Em igual entendimento, Malan aponta que neste sistema é vedada qualquer atuação *ex officio* por parte do juiz, em nome da imparcialidade que deve ser necessariamente respeitada, não só para iniciar a persecução, mas também para impulsioná-la, em razão do grave risco de pré-julgamento do mérito que esses atos de ofício ensejam (MALAN, 2003, p.84).

Destarte, a diferença entre as modalidades acusatória e inquisitória, de acordo com lições de Hélio Tornaghi, consiste em que:

[...] na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir (1990, p.9).

1.2. O sistema processual penal inquisitivo

O sistema processual inquisitivo surgiu com a finalidade de corrigir falhas apresentadas no sistema processual penal acusatório em sua primeira fase histórica, quando a atuação do Estado na iniciativa do processo se mostrou necessária. Foi quando então, em Roma, o senado resolveu encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações penais de que tivessem notícia, evitando-se assim, que os infratores ficassem impunes. (LAGO, 2006)

Com efeito, as mudanças trazidas por este sistema foram radicais. O processo acusatório, pautado pelo duelo leal entre as partes, as quais possuíam iguais poderes e oportunidades é substituído e dá vez a uma disputa desigual travada entre um juiz-inquisidor (imparcial) e o acusado, o qual perde sua condição de sujeito do processo, mostrando-se, dessa forma, “da essência do sistema contraditório um ‘desamor’ total pelo contraditório” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.112).

Conforme aponta Tourinho Filho, neste sistema:

As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas

e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito do direito (TOURINHO FILHO, 2009, p.94).

Assim, quando da constatação de que não se poderia mais admitir que a repressão aos delitos fosse encomendada ou delegada aos particulares, passou o Estado-juiz a concentrar em suas mãos as funções de acusar e julgar — prejudicando, por óbvio, a sua imparcialidade processual. (RANGEL, 2013, p.47).

Neste sistema, o mesmo sujeito ou órgão que imputava a consumação de um delito a *outrem*, era encarregado de julgá-lo, realizando por si e diante de si a apreciação das provas e, após convencido sobre a veracidade da pretensão acusatória formulada por si, julgava-a (VELLOSO, 2012, p.23).

Outro importante traço do sistema inquisitivo é o seu caráter sigiloso, visto que o processo, como assevera Rangel (2013, p.47), corre “de forma secreta, longe dos olhos do povo”.

Durante a vigência desse Sistema, práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio de obtenção da confissão do acusado, isto ocorria, pois o réu é visto como mero objeto da persecução no sistema inquisitivo (CAPEZ, 2003, p. 41). Era adotado um sistema de provas tarifadas, também conhecido como prova legal, sendo a confissão tida como rainha das provas (RANGEL, 2013, p.48).

Neste diapasão, anote-se ainda que:

Como quem julgava era quem acusada, a fim de não pairar dúvida de consciência (pois também deveria confessar para não viver em pecado), buscava-se a prova para confirmar suas afirmações, o que deveria ser feito de modo que o resultado coincidissem estritamente com aquilo que a acusação sustentava ter ocorrido no plano da realidade social; daí surge a busca pela verdade real; acreditava-se que isso só aconteceria através da confissão (VELLOSO, 2012, p.24).

Em nome da verdade real, o juiz-inquisidor não se contentava com a verdade ficta. Este buscava conhecer os fatos como eles realmente aconteceram e, para tal, tomava iniciativa para realizar todas as diligências que se fizessem necessárias para o conhecimento da verdade, podendo listar a título exemplificativo: ouvir testemunhas, das buscas, determinar perícias.

Neste contexto, a tortura foi passando a ser vista como um ato formal do processo, sendo o mero indicio de autoria suficiente para legitimar tal ato. Acreditava-se que a pessoa justa seria capaz de resistir à tortura sem confessar (MALAN e SAAD, 2005, p. 309).

Percebe-se que este sistema mostra-se incompatível com as garantias constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito, devendo, então, ser banido dos ordenamentos modernos que tenham por objetivo assegurar ao cidadão garantias mínimas, em respeito à dignidade da pessoa humana (RANGEL, 2013, p.48).

Do quanto exposto, pode-se exarar agora, em apertada síntese, que o sistema inquisitivo é configurado pela reunião, na figura de uma única pessoa (ou órgão),

das funções de julgar, acusar e defender. Neste sistema, a gestão de provas pertence ao Juiz-Inquisidor, o qual pode se valer inclusive da tortura para obter a rainha das provas, a confissão. Tudo isto em um processo sigiloso e secreto, onde não se permite o contraditório e nem a ampla defesa, pois o sujeito acusado não é visto como sujeito de direito, mas sim como mero objeto do processo.

1.3. O sistema processual penal misto

Com efeito, o processo penal inquisitivo se mostrava incompatível com a evolução dos direitos humanos, e por isto mereceu severa censura a partir de meados do século XVII, com a revolução burguesa, que possuía como lastro ideológico as críticas ao violento sistema repressivo monárquico que, apesar de todo o poder, mostrava-se insuficiente para conter o expressivo aumento da criminalização, decorrente da Revolução Industrial (POZZER, 2001, p.31).

Pode-se afirmar que o primeiro ordenamento a adotar este sistema foi o Francês, no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, “pois foi pioneiro na cisão das fases de investigações e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.118).

Como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado — os Juizados de Instrução —, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, características já essenciais do sistema acusatório (2013, p.10).

Insta apontar, ainda, que este sistema, assim como os demais, também apresenta características próprias, a saber: (i) a fase de investigação preliminar é procedida por um magistrado que, com o auxílio da polícia judiciária, realiza todos os atos necessários a formar um juízo prévio que legitime a posterior acusação — há separação entre as funções de acusar e julgar; ii) Por conta do procedimento inquisitivo adotado, a fase investigativa preliminar é realizada secretamente, de forma escrita e sem o crivo do contraditório, sendo o investigado considerado mero objeto de investigação; iii) A fase processual inicia-se mediante manifestação do acusador, que via de regra é o Ministério Público, e possui como características principais a oralidade, a publicidade, o respeito ao contraditório e paridade entre acusador e defesa; iv) Na fase judicial, o *onus probandi* fica a cargo do acusador, gozando o acusado da presunção de inocência (RANGEL, 2013, p.52).

2. O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Apresentados os Sistemas Processuais penais vistos no decorrer da história, mister se faz realizar uma breve abordagem acerca do modelo adotado atualmente no Brasil, apontando algumas das principais divergências existentes na doutrina.

Com efeito, grande parcela da doutrina brasileira costuma, ainda hoje, referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual penal como um sistema de natureza mista, isto é, com ares acusatórios e inquisitoriais. Enquanto uns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual, por si só, já caracteriza como um sistema misto; outros, com

mais propriedade, embasam-se em certos poderes garantidos aos juizes no Código de Processo Penal (PACELLI, 2013, p.13).

Advogando neste sentido, aponta Guilherme de Souza Nucci que, embora não oficialmente, o sistema adotado no ordenamento pátrio é o misto, devendo a análise pautar-se em dois enfoques específicos: um constitucional e outro processual.

Segundo o referido autor, se for realizada uma análise exclusiva da Constituição Federal, por conta dos inúmeros princípios acusatórios que regem o sistema, concluir-se-ia que o sistema adotado é o acusatório. No entanto, por ser o inquérito regido basicamente por princípios inquisitivos, disciplinados no Código Processual Penal, trata-se, em verdade, de um sistema misto (2008, p.17).

Em igual sentido, Hélio Tornaghi:

(O Direito brasileiro) Segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento (1990, p.18).

Sem embargos dos mencionados autores, mostra-se oportuno apontar que, para definir-se um sistema processual, há de limitar-se ao exame processual, ou seja, a análise deve restringir-se à atuação do juiz no curso do processo. Além do mais, por inquérito policial não ser processo, a sua existência, por si só, não caracteriza o processo penal brasileiro como misto (PACELLI, 2013, p.13).

Conforme aponta Paulo Rangel, inquérito policial pode ser caracterizado como:

Um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios — *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal (2013, p.71).

Assim, como é cediço na doutrina, inquérito policial deve ser entendido como um procedimento administrativo pré-processual, haja vista tal atividade carcer nitidamente do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional. Destarte, não há de se falar em atividade judicial ou processual na fase investigativa, até porque não se vislumbra no inquérito a estrutura dialética do processo (LOPES JÚNIOR, 2013, p.280).

Neste sentido são os ensinamentos de Diogo Rudger Malan (2003, p. 89), o qual afirma que nosso processo pode perfeitamente ser caracterizado como acusatório, pois a fase investigativa finaliza um procedimento administrativo, cujos elementos de informação se destinam, única e exclusivamente, à parte acusadora, e não ao órgão jurisdicional.

Pontue-se, ainda, que apenas poderia se falar em contaminação do sistema na hipótese em que, assim como ocorre do Juizado de Instrução francês, a investigação ocorresse diretamente perante o juízo, ou se o juiz da investigação fosse o mesmo que julgaria o processo (PACELLI, 2013, p.14).

Contudo, no ordenamento brasileiro, o juiz permanece afastado na fase de investigação preliminar — como autêntico garantidor dos direitos fundamen-

tais do sujeito passivo —, manifestando-se apenas em duas hipóteses: para exercer o controle formal da prisão em flagrante e para autorizar medidas constritivas de direitos, como cautelares e intervenções telefônicas (LOPES JÚNIOR, 2013, p.284).

Ademais, embora o Código de Processo Penal traga em seus artigos normas notadamente de cunho inquisitivo, tais influências não descaracterizam o sistema processual penal acusatório adotado na Constituição Federal.

Ora, não se duvida que se deva fazer uma análise constitucional dos artigos contidos no Código datado de 1941, e não o inverso. O que não estiver de acordo com o quanto preceituado na Constituição Federal de 1988, deve ser tido como não acolhido e de logo rechaçado do ordenamento.

Do quanto exposto, para o presente trabalho, entende-se que o modelo processual penal acusatório foi consagrado em nosso ordenamento, todavia, sua previsão não é expressa e nem decorre de “lei”, sendo necessária uma interpretação sistemática da constituição. Basta averiguar-se a valorização do homem e o valor dignidade da pessoa humana (pressupostos básicos do sistema acusatório) conferidos no projeto democrático constitucional para chegar a tal constatação, visto que democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica (LOPES JUNIOR, 2013, 223).

Ademais, a Carta Política de 1988 previu uma série de regras que desenham um modelo acusatório, podendo citar, a título exemplificativo, os incisos abaixo colacionados, todos do art. 5º da CRFB. Senão, observe-se:

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

3. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO PENAL

Com efeito, deve o processo penal sofrer verdadeira filtragem constitucional e, com isto, democratizar-se, passando a fortalecer e valorizar judicialmente o indivíduo submetido ao processo penal, o qual deve deixar de ser tratado como um mero objeto para passar a ocupar uma posição de destaque enquanto parte possuidora de direitos e deveres (LOPES JÚNIOR, 2004, p.40-42), pois “contribui para a realização da dignidade humana, nas melhores condições possíveis, quando o acusado não é degradado a um mero objeto do processo” (ROXIN, 2000, p.80).

Conforme assevera Hesse, “embora passe muitas vezes despercebido, o perigo do divórcio entre o Direito Constitucional e a realidade ameaça um elenco de princípios basilares da Lei Fundamental, particularmente o postulado da liberdade” (HESSE, 1991, p.29-30).

Desta feita, observa-se que o processo penal não é, e nem deve pretender ser, apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de um Estado. Ao inverso, ele espelha as diretrizes básicas do sistema político vigente no país (SCARANCA, 2000, p.15), devendo existir “uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às

garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.62).

O desafio atual, então, gira em torno da interpretação que o jurista dará à leitura do texto infraconstitucional, o sistema SG proposto por Ferrajoli revela-se como um “instrumento capaz de sinalizar a clareza ao intérprete, para uma solução justa, diante de conflitos entre normas infraconstitucionais e direitos fundamentais” (TRUMS, 2004, p.93).

3.1. Garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Visando sistematizar as “garantias” penais e processuais penais consagradas nas Constituições dos Estados de direito, debruçou-se Luigi Ferrajoli nos princípios concebidos pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII para sintetizar dez axiomas tidos como fundamentais, a saber:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequenciabilidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito. 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 81).

Da análise dos axiomas propostos, observa-se que os seis primeiros são referentes a garantias penais mínimas, enquanto que os quatro últimos, os que aqui interessam, retratam garantias de cunho processual penal.

3.1.1. *Nulla culpa sine iudicio e a CF/88*

Realizando uma análise mais vasta sobre o princípio em comento, depreende Luigi Ferrajoli (2010, p.495) que este pode ser compreendido em dois sentidos diversos, um “em sentido lato” e outro “em sentido estrito”, a depender de um maior ou menor acompanhamento das demais garantias.

Do primeiro sentido, entende-se o juiz como “uma exigência do conjunto das garantias penais ou substancias”, ensejando na tese “*nulla poena, nullum crimen, nulla Lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*” (FERRAJOLI, 2010, p.495).

Enquanto que, partindo do seu sentido estrito, é requerido o conjunto das garantias processuais instrumentais, ensejando, portanto, a tese “*nullum iudicio sine accusatione, sine probatione et sine defensione*” (FERRAJOLI, 2010, p.495).

Imperioso se faz apontar, ainda, que o método inquisitório caracteriza-se apenas pelo sentido lato, visto que, como condição para existência da pena, exige-se apenas a existência de um juízo, qualquer que seja ele. Em contra partida, o modelo acusatório é configurado por ambos os sentidos, vez que se mostra imprescindível que o desenvolvimento em juízo paute-

se nas garantias processuais em matéria de prova e defesa, permitindo, então, sua verificação e sua falsificação (FERRAJOLI, 2010, p.557).

Nota-se que a carta Magna brasileira, no seu art. 5º, inciso LIV, ao positivar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, está garantindo que, para a aplicação da lei penal, torna-se imprescindível a existência de um processo perante um juiz. Vedando, portanto, a imposição de uma sanção penal sem a realização de um prévio processo penal, bem como a existência de processo sem justiça (POLASTRI, 2012, p.287).

Seguindo este espírito, a Constituição de 1988 não se contentou em acolher o princípio da jurisdicionariedade em seu sentido lato, assegurando um juiz natural, imparcial e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição (art. 5º, incisos LIII, XXXVII c/c art. 92 e 126, todos da Constituição Federal).

3.1.2. *Nullum iudicium sine accusatione* e a CF/1988

De acordo com este princípio, cabe ao autor da ação realizar a acusação, recaindo, por conseguinte, sob ele todo o ônus da acusação. Veda-se a acusação de ofício, realizada pelo órgão julgador.

O princípio em análise exige um juiz imparcial, o qual só pode se manifestar mediante prévia provocação das partes.

Como ensina Ferrajoli:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural

e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação. [...] ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte — em posição de paridade com a defesa — consignado ao órgão da acusação e a consequente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (2010, p.522).

Ressalve-se que, apesar da divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar ser característica acusatória de suma importância, ela, isoladamente, não pode ser vista, hodiernamente, como critério determinante para a classificação do sistema acusatório. De nada adianta assegurar uma separação inicial de funções, mas, com o decorrer da persecução, permitir que o juiz assuma um papel nitidamente inquisitorial (LOPES JÚNIOR, 2013, p.121-122).

3.1.3. *Nulla accusatio sine probatione* e a CF/88

O processo penal e a prova integram os “modos de construção do convencimento do julgador” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.536), que terá por escopo formar a convicção do magistrado e legitimar o poder contido na sentença, existindo uma íntima relação entre o regime legal das provas e os sistemas processuais, ao passo que é a gestão/iniciativa probatória que funda o próprio sistema (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 540-541).

Deste modo, “o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas” (PACELLI, 2013, p. 333),

pois, como aponta Roxin, “*de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda en ese supuesto debe impedir la declaración de culpabilidad*” (2000, p.111).

Nessa ordem de ideias, a Constituição brasileira, ao prever em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, elegeu o princípio da presunção inocência como axioma imperativo constitucional, corroborou com a escolha legislativa pelo sistema acusatório em detrimento dos demais, bem como incumbiu à acusação todo o ônus probatório.

3.1.4. *Nulla probatio sine defensione* e a CF/88

Segundo aponta Tourinho Filho, este axioma garante que o acusado não seja condenado sem que seja devidamente ouvido, sendo-lhe garantido que este conheça a acusação que lhe é imputada, podendo, então, contrariá-la. Este princípio vigora em todos os processos que adotem o modelo acusatório (2012, p.49).

Ou seja, os dois polos da garantia do contraditório são o direito à informação e à participação dos indivíduos na Administração da Justiça. Sendo que, para poder participar, deve ser necessariamente garantida a informação ao indivíduo. A participação se dá por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica acusatória articulada (LOPES JÚNIOR, 2013, p.233).

Por conta deste princípio, é garantido às partes, ainda, “plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo” (RANGEL, 2013, p.18). Assim, o axioma abordado não se limita a assegu-

rar o direito à informação de todos os fatos ou alegações contrárias às partes e à reação de ambos, mas também garante que a oportunidade de resposta se realize na mesma intensidade e exatidão (PACELLI, 2013, p.43).

Destarte, pode-se afirmar que:

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas (FERRAJOLI, 2010, p.564).

O princípio do contraditório, bem como o da ampla defesa, foi previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, da Constituição nacional, o qual consignou que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Destarte, da análise do referido inciso, bem como do quanto já debatido acerca do princípio ora em comento, observa-se que garantiu o legislador constituinte ao indivíduo acusado, seja em processo administrativo ou judicial, o direito de ser amplamente informado sobre a acusação, para poder, então, e se quiser, participar efetivamente de toda a fase processual, se defendendo de tudo quanto lhe for imputado.

Desta feita, restou demonstrado que, no que concerne ao processo penal, o legislador constituinte adotou um modelo garantista penal, visto que não será aplicada pena senão em decorrência de um processo penal, realizado sob o crivo do contraditório, sem a pos-

sibilidade da inversão do ônus da prova, no qual será conferido ao réu, inclusive, o direito de manter-se calado. Apontando, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema acusatório (ARAÚJO, 2008).

4. DA (IM)POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO *DOMINUS LITIS*

Realizado o debate acerca dos sistemas processuais penais e o modelo adotado pela Carta Constituinte 1988, bem como se debruçado no sistema garantista SG proposto por Luigi Ferrajoli como balizador para uma interpretação das normas constitucionais, passa-se ao enfoque principal do presente trabalho, qual seja: uma interpretação constitucional acerca da possibilidade do juiz, na ação penal pública, proferir uma sentença condenatória quando o Ministério Público houver postulado, em sede de alegações finais, pela absolvição do réu.

O intérprete menos avisado, que se restrinja à análise infraconstitucional da questão, de imediato concluir-se-á que a referida condenação é perfeitamente cabível, por força da redação dada pelo legislador infraconstitucional ao artigo 385 do Código de Processo Penal pátrio. No entanto, não obstante o mencionada artigo ainda se encontrar presente no ordenamento hodierno, percebe-se que tal debate não é tão simplório.

A pertinência do debate proposto, então, salta os olhos, pois “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p.24).

Logo, imperioso se faz tentar dar o máximo de efetividade às garantias positivadas na Constituição, rechaçando todas as regras contrárias à Carta Política em vigor.

Dito isto, observa-se que diz o Código de Processo Penal, em seu art. 385, *in verbis*:

Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (Grifo do autor).

Ab initio, antes de adentrar no mérito central do problema, impende consignar crítica acerca do termo escolhido pelo legislado infraconstitucional no art. 385.

Por se tratarem de hipóteses de ações penais públicas, o emprego do termo “opinar” mostra-se equivocado, visto que, não se pode olvidar que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, exerce ato de promoção da ação penal figurando como verdadeira parte, encontrando o termo “opinar” melhor adequação nas hipóteses em que o Ministério Público age como *custos legis*, como verdadeiro fiscal da lei (HAMILTON, 2007, p.168).

Aponte-se que o pedido do Ministério Público na ação penal pública, uma vez que age como verdadeira parte no curso do processo encontra-se na exordial acusatória, a qual pede pela condenação do denunciado, podendo o juiz acolher ou não por ocasião de sentença. Desta forma, no decorrer do processo de declaração, entende-se que o *Parquet* requer, postula e promove a ação penal (HAMILTON, 2007, p.168).

4.1. Da violação ao princípio (sistema) acusatório

Não se pode olvidar que, por força do quanto previsto no art. 129, inciso I, da CRFB, se tratando de ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada, a legitimidade ativa sempre ficará a cargo do órgão ministerial, não só por se tratar de regra imamente do sistema acusatório adotado, mas também por força expressa constitucional (PACELLI, 2013, 107).

Sendo assim, na ausência de acusação por parte do Ministério Público, seja na fase inicial (na denúncia), ou na fase derradeira (alegações finais), não é facultado ao magistrado exercer o *ius puniendi* estatal, pois se assim o fizer, estará transformando-se “em parte no processo penal e autor da tese acusatória já abandonada pelo *dominus litis*” (ARAS, 2013, p.02).

Da análise dos artigos 127 e 129 da CRFB, nota-se que o Ministério Público deixou de ocupar a posição de “órgão de acusação” para integrar a posição de “órgão legitimado à acusação”, a qual lhe possibilita adotar uma postura imparcial e voltada exclusivamente ao cumprimento dos preceitos constitucionais e legais, desvencilhando-se do objetivo unicamente punitivo (COELHO e SOUZA, 2009, p. 115).

Deste modo, ao titular da ação pública, cabe dar a máxima efetividade às garantias fundamentais, podendo, se for o caso, postular pela absolvição do acusado. Hipótese em que não poderá o juiz proferir uma sentença penal condenatória.

Como preconiza COELHO e SOUZA:

[...] Caso não mova ou acredite que não deva ser movida, não pode o Poder Judiciário usurpar tal atribui-

ção constitucional, condenando aquele que deveria ser absolvido como apontado pelo exclusivo detentor da ação penal, a exemplo do nefasto e arcaico art. 385 do CPP (2009, p.115).

Constata-se agora, então, que se o representante do *Parquet*, único competente para acusar o indivíduo naquela jurisdição, postular fundamentalmente pela absolvição do indivíduo, não pode o Estado-Juiz condená-lo (ARAS, 2013, p.02).

Dessa forma, sinaliza Vladimir Aras que:

Não pode o magistrado condenar o réu diante de pedido de absolvição do titular da ação penal, porque isto ofende o dever objetivo de imparcialidade, fere o devido processo legal e viola o princípio acusatório, que prevê um processo penal de partes.

Para uma melhor compreensão, opta-se por uma análise minuciosa sobre os reflexos ao sistema acusatório que uma sentença penal condenatória contrária à postulação do titular da ação penal pública pode acarretar.

4.1.1. Da violação ao princípio da imparcialidade do juiz

Com efeito, a legislação brasileira caminha no sentido de purificar ao máximo o sistema acusatório, atribuindo a cada sujeito processual não apenas as suas funções precípua, mas sim as suas funções absolutamente exclusivas, garantido, desta feita, uma maior segurança ao réu, visto que, na medida em que se assegura a neutralidade do órgão julgador, passa a adotar-se um processo penal mais democrático (SILVA JARDIM, 2012, p.31).

Insta ressaltar, ainda, que:

La competencia judicial para el derecho de penar no se ha alterado en el proceso acusatorio, que es en realidad una institución técnico-artificial y una creación del Estado de derecho. El proceso acusatorio ha configurado el proceso penal [...] como un “actus trium personarum”. El sentido y el fin de esta medida de política procesal es dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, para garantizar la imparcialidad de su actuación, es decir, hacer depender la realización de la justicia punitiva del ejercicio de un derecho de acusación, que se dirige a la actuación del poder punitivo del juez (GOLDSCHMIDT, 1961, p.49).

Nesta senda, pode-se concluir, que quando o juiz discorda do requerimento absolutório, formulado pelo promotor natural da ação pública, torna-se parcial e assume automaticamente a figura do acusador, em uma nítida afronta ao modelo acusatório moderno. Sem embargos do poder de investigação dado ao juiz em tempos passados, hoje não é mais conferido ao Judiciário o poder de acusar e condenar, contrariando a posição Ministerial (MAIA NETO, 2008, p.463).

Constata-se, então, que o juiz, ao proferir uma sentença condenatória, em ação penal pública, após o Ministério Público ter deliberado pela absolvição do réu, estará indo de encontro ao princípio constitucional da imparcialidade, ao passo que estará ele exercendo, concomitantemente, as funções de acusador — pois a acusação inicialmente formulada pelo Ministério Público haverá sido “abandonada” — e de julgador — este de forma totalmente parcial, haja vista o prévio entendimento pela condenação do, por ele, denunciado.

Na atual conjuntura constitucional, a figura do juiz deve ser vista como garantidora dos direitos fundamentais do acusado, bem como do seu estado de inocência, representando, acima de tudo, um óbice à pretensão condenatória e não um facilitador dela (ARAS, 2013, p.03).

A imparcialidade exigida constitucionalmente ao magistrado, que o afasta do papel de propulsor da pretensão punitiva, conforme se depreende das lições de Vladimir Aras, possui duas naturezas distintas, a subjetiva e a objetiva. Deste modo, “mesmo que subjetivamente se convença da responsabilidade criminal do acusado, o juiz estará objetivamente vinculado ao dever de isenção, que deriva do seu papel de terceiro desinteressado” (2013, p.03).

4.1.2. Da violação ao princípio do contraditório

Como salienta Eugênio Pacelli de Oliveira, o princípio do contraditório é um dos mais estimados do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade processual, devendo a sua inobservância, quando em prejuízo do acusado, ensejar nulidade absoluta do ato processual realizado (2013, p.43).

Imperioso se faz apontar, por oportuno, que a garantia à ampla defesa do acusado nas alegações finais merece tamanha relevância no ordenamento que, na hipótese de não serem efetivamente ofertadas pelo advogado constituído ou dativo, deverá ser, imprescindivelmente, nomeado outro defensor para oferecê-las, sob pena de nulidade processual (HAMILTON, 1995, p.208).

Aponte-se, então, que quando em alegações finais o órgão ministerial requer a absolvição do réu, o que

ocorre no processo é que o acusado subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas durante a instrução probatória e que possam ser tidas como desfavoráveis ao réu. Desta feita, restará inviabilizada a defesa do acusado, por não poder reagir a argumentos que não lhe foram apresentados (PRADO, 2006, p.117).

Neste diapasão, por não poder o juiz fundamentar sua *decisum* em provas que não tenham sido objeto de contraditório, diz-se nula a sentença condenatória quando a acusação pugna pela absolvição do acusado (PRADO, 2006, p.116-117).

Pelos fundamentos já trazidos à baila, nota-se que quando o membro do *Parquet* requer pela absolvição do réu nas suas alegações finais, retira-se do acusado a possibilidade de contradizer de maneira vasta e plena as matérias que durante a instrução probatória possam ter se direcionado em seu desfavor. Incabível, então, uma sentença condenatória que não tenha resultado de um amplo debate entre as partes, como exige a forma acusatória adotada pela Constituição.

4.2. Princípio da indisponibilidade da ação penal pública e o esvaziamento da pretensão acusatória

Uma vertente de irresignação apresentada por grande parte dos autores que advogam em sentido contrário à vinculação do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público nas ações públicas, *exempli gratia* Guilherme de Souza Nucci (2008), Fábio Bergamin Capela (2007), Aramis Nassif (2005) e Eugênio Pacelli Oliveira (2013), diz respeito à aplicabilidade do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, motivo pelo qual se torna oportuno excitar tal debate.

Com efeito, o Código de Processo Penal Brasileiro traz exarado no seu art. 42 o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, dispondo que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

Contudo, no que pese a indisponibilidade da ação penal pública, isto não impede que o membro do *Parquet*, em fase própria, desde que convencido da inocência do acusado ou da insuficiência probatória, peça pela absolvição do réu, afinal, inconcebível acreditar que seja do interesse do Estado coadunar com uma sentença injusta (POLASTRI LIMA, 2012, p.47).

Aos que alegam que em tal hipótese estaria o Ministério Público dispondo da ação penal, certamente desperceberam que, em verdade, está o *Parquet* desistindo apenas do seu objeto, qual seja: a pretensão acusatória. Passando a agir como defensor da ordem jurídica e democrática, funções constitucionais que lhe foram outorgadas, vide arts. 127 e 129 da CRFB.

Neste sentido, manifesta-se Cândido Maia Neto. Senão, observe-se:

Não há, no sistema penal acusatório democrático a possibilidade do magistrado condenar o réu contrariando a tese ministerial de absolvição, porque torna-se acusador e quebra a regra dos princípios do *onus probandi* e do contraditório, uma vez que não mais existe entre as partes litigantes posições opostas, quando a “acusação” e a defesa expõem a mesma tese (2008, p.463).

Percebe-se, então, que quando o Ministério Público pugna pela absolvição do acusado, não está o referido órgão desistindo da ação, mas tão somente da sua tese acusatória inicial, passando, por ques-

tão de direito e justiça, a defender tese favorável ao acusado, pela absolvição.

Deste modo, por estar o *ius puniendi* do Estado-Juiz condicionado à invocação feita pelo órgão ministerial, o qual o faz através do exercício da pretensão acusatória, o postulado absolutório equivale ao não exercício da pretensão acusatória, estando o acusador abrindo mão de proceder contra o réu, não podendo o magistrado condená-lo, sob pena de exercer o poder punitivo sem a devida invocação, agindo como verdadeiro Juiz-Inquisidor (LOPES JUNIOR, 2013, p.159).

Abordando tal problemática, assevera Paulo Rangel que:

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui pra frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo (2013, p.65).

Não obstante a vedação à disposição da ação penal pública, nada impede que o *Parquet* postule pela absolvição do réu, desistindo da imputação realizada na denúncia.

Aponte-se, ainda, que no que pese o estimado princípio do livre convencimento motivado, este não deve se sobrepôr ao princípio (sistema) acusatório, no qual as funções de acusar e julgar se mostram distintas e inco-

municáveis, não se olvidando que não existe juiz sem autor — *nemo iudex sine actore* (ARAS, 2013, p.05).

Deste modo, conforme aponta Aury Lopes Júnior, postulada a absolvição, a sentença será imprescindivelmente absolutória, pois, ao deixar de exercer sua pretensão acusatória, impossibilita-se a efetivação do poder condicionado de penar (2013, p.1097).

Ademais, invocar o livre convencimento como legitimador de uma sentença penal condenatória, mais do que um ativismo judicial exacerbado, tais argumentos conduzem ao autoritarismo, pois só o juiz se sentiria capaz de conhecer a “verdade” e isto, sem dúvida, não é outra coisa senão um juízo inquisitivo (ARAS, 2013, p.06).

Observa-se, que “não se pode defender o art. 385 invocando a mitológica verdade real” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.1097), visto que não passa de verdadeira “artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.566).

Historicamente, restou demonstrado de maneira empírica que sempre que se buscou a verdade real no processo penal — a qual seria mais “material e consistente” — foram reduzidos significativamente os limites para esta busca, permitindo, por vezes, a tortura em nome da verdade, produzindo, no caso concreto, uma verdade de menor qualidade, ao passo que por vezes inocentes mediante tortura confessavam crimes que não haviam praticado ou até mesmo crimes impossíveis de serem realizados (LOPES JÚNIOR, 2013, p.566).

O art. 385 do CPP, então, não encontrou guarida na Carta Republicana de 1988, não estando o juiz autorizado a decidir, em desfavor do réu, na hipótese do Ministério Público ter se manifestado em sentido contrário. “A busca da verdade, pelo julgador, compromete sua imparcialidade na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.566).

Cumpre exarar, ainda, que, conforme aponta Maia Neto (2008, p.466), alegar que o Poder Judiciário, em razão de ser o detentor constitucional do *ius puniendi*, não está atrelado à postulação absolutória, é deturpar a questão em debate. A análise a ser realizada deve, necessariamente, girar em torno dos princípios reitores do sistema acusatório democrático à luz de uma administração pública que prima pela divisão de atribuições.

Como já dito *alhures*, a razão pela qual está o Juiz impedido de proferir sentença contrária ao Ministério Público é o esvaziamento da pretensão acusatória, decorrente do postulado absolutório realizado nas alegações finais. Sendo assim, retira-se tão somente a pretensão acusatória, subsistindo a ação, na qual restará o juiz impossibilitado de condenar, por falta de devida invocação (LOPES JÚNIOR, 2013).

Com efeito, um julgamento condenatório sem prévia e contínua acusação padece do vício da nulidade. Uma afronta ao axioma garantista *nullum iudicium sine accusatione*, proposto por Ferrajolli e adotado na Carta Política nacional. Neste modelo, não basta que haja a acusação primária (na denúncia), é imprescin-

dível que o *Parquet* continue a acusar o réu até o fim da demanda, pois é sua posição de iniciar o procedimento e de nele ir até o fim (ARAS, 2013, p.06).

(INTRODUÇÃO) Importante ressaltar, ainda, que defender a impossibilidade do juiz condenar o réu quando o MP tenha postulado a absolvição não se trata de medir forças entre o órgão ministerial e o magistrado, mas da titularidade e da capacidade postulatória como missão institucional do Ministério Público, ante o interesse estatal de agir ou de continuar a *persecutio criminis* e o encargo probatório (MAIA NETO, 2008, p.467).

Como anota Paulo Rangel, “ou adotamos o sistema acusatório com as implicações e consequências que lhe são inerentes, ou fingimos que nosso sistema é acusatório e adotamos o inquisitivo com roupa de acusatório” (RANGEL, 2013, p.66).

5. CONCLUSÃO

Do quanto expendido no presente trabalho, percebe-se a importância de se discutir qual o modelo de sistema processual fora adotado no Brasil.

Como restou demonstrado, não obstante a falta de positivação expressa na Constituição de 1988, o sistema adotado no Brasil é o Acusatório, haja vista que a existência de inquérito policial ou de eventuais poderes instrutórios/investigativos atribuídos pelo CPP de 1961 ao magistrado não o contaminam como misto.

Com efeito, não se pode olvidar que Inquérito não é processo, mas tão somente ato administrativo com escopo de elucidar fatos e fundamentar a denúncia, sendo direcionado à acusação, e não ao magistrado.

Outrossim, notou-se que o Código de Processo penal deve sofrer verdadeira filtragem Constitucional, a fim de serem rechaçadas todas as matérias contrárias ao texto Constitucional (incompatibilidade substancial).

Ademais, partindo do Sistema Garantista SG proposto por Luigi Ferrajoli, percebeu-se que a função garantista do processo apresenta-se como uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, adotado pela Carta Magna constituinte. Assim, nota-se que fora positivado um modelo processual penal garantista, prezando pelos direitos fundamentais basilares a todos os cidadãos.

Com efeito, observou-se que quando o representante do *Parquet* postula pela absolvição do réu nas alegações derradeiras, está ele abandonado a Pretensão acusatória, objeto da ação.

Observou-se, então, que ao contrário do que prevê a primeira parte do artigo 385 do Código de Processo Penal, na ação penal pública, quando o Ministério Público postular em suas alegações finais pela absolvição do réu, estará o magistrado impossibilitado de proferir sentença contrária condenatória, sob pena de se tornar o autor da tese acusatória por ele julgada, violando, por conseguinte, a sua imparcialidade.

Defender sentido contrário, então, é buscar legitimar uma ofensa ao sistema acusatório acolhido pela Constituição Federal, bem como ao modelo garantista nela também positivado.

Pode-se extrair do presente trabalho, ainda, que o Juiz tem papel fundamental no atual Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, representando a

imparcialidade e juízo natural verdadeiras garantias mínimas, destinadas aos cidadãos.

Ademais, notou-se que quando o MP requer pela absolvição do acusado, em matéria de alegações finais, este retira a possibilidade do réu contestar de forma ampla e vasta as possíveis provas produzidas em seu desfavor. Deste modo, se o juiz proferir uma sentença condenatória em tal hipótese, está deverá ser tida como nula, já que violará sensivelmente o Princípio do Contraditório.

Concluiu-se, ainda, que o princípio da indisponibilidade da ação pública não representa um óbice no caso em comento, pois quando o representante do *Parquet* postula pela absolvição ele não está dispondo da ação, mas tão somente do seu objeto: a pretensão acusatória.

Outrossim, percebe-se que quando o MP pugna pela absolvição do acusado, na ação penal pública, o juiz não pode alegar que está convencido pelas provas até então carreadas aos autos e condenar o réu, pois foi constatado que não se pode em tempos hodiernos legitimar atos arbitrários do órgão julgador em nome do famigerado “mito da verdade real”.

Notou-se que quando o juiz profere uma sentença condenatória contrária ao postulado absolutório ministerial, estará o magistrado agindo sem a prévia invocação (o *ius puniendi* é um poder condicionado à prévia invocação do autor da ação).

Nesta senda, restou vastamente comprovada a impossibilidade do juiz, na ação penal pública, proferir uma sentença condenatória, contrariando o postulado absolutório do Ministério Público, sob pena de

está indo de encontro ao princípio (sistema) acusatório, bem como dos princípios da imparcialidade, do juiz natural, do promotor natural e do contraditório, além de está agindo sem prévia provocação, em um nítido retrocesso ao sistema inquisitório.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. *O artigo 385 do CPP e o Juiz inquisidor*. Disponível em: <<http://blogvladimir.wordpress.com/2013/05/25/0-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Instrumentalidade constitucional do Processo Penal: aproximação a uma leitura garantista. *Revista Baiana de Direito*, v.2, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, jul./dez. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2012.

BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2007.
- GOLDSCHIMIDT, James. *Principios Generales del Proceso II: problemas jurídicos y políticos* Del processo penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. *Estudos de Processo Penal, 3ª série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. A Relevância das Alegações Finais no Processo Penal. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, ano 6, n. 8, Rio de Janeiro: Cejur, 1995.
- JARDIM, Afrânio Silva. Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1985.
- LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. *Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna*, ano 2006, III. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/index.php?acao=edicoes>. Acesso em: 13 nov. 2012.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Absolvição Criminal pelo Ministério Público. *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DA (IM)POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM AÇÃO PENAL...

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho Pocesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba, Daniel R. Pastor. 25. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.
- SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens Históricas dos Sistemas Acusatórios e Inquisitivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 2005.
- SOUZA, João Edson de; COELHO, Alex Gonçalves. A consagração do sistema acusatório no processo penal brasileiro: reflexões sobre as leis 11.690 e 11.719 de 2008. *Revista Jurídica*, ano 57, n. 382. Porto Alegre: Notadez, ago. 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal 1*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMON PEDREIRA FELIX

TORNAGHI, Hélio. *Curso Processual Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O Garantismo Processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 79, Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2012.

Capítulo II

A abordagem interpretativa do Supremo Tribunal Federal em julgados após a Constituição Federal de 1988: do procedimentalismo ao substancialismo

Daniela Dias Queiroz

Pós-Graduada no MBA em Formação de Consultores e Tecnologia da Informação pela Universidade Salvador – UNIFACS (2006).
Pós-Graduada em Sistemas Distribuídos pela Faculdade Ruy Barbosa (2001). Graduada em Ciência da Computação pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (1995). Estudante do 8º Semestre de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão (2013).

A abordagem interpretativa do Supremo Tribunal Federal em julgados após a Constituição Federal de 1988: do procedimentalismo ao substancialismo

Resta-nos fazer as perguntas mais difíceis. Que valores (...) são suficientemente importantes, ou fundamentais, ou seja o que for, para serem preferidos pela Corte em face de outros valores afirmados pelos atos legislativos? E como a Corte deverá desenvolvê-los e aplicá-los?¹

...las mujeres víctimas de violencia no logran un acceso expedito, oportuno y efectivo a recursos judiciales cuando denuncian los hechos sufridos. Por este motivo, la gran mayoría de estos incidentes permanecen en la impunidad y en consecuencia sus derechos quedan desprotegidos.²

Resumo: Este trabalho se propõe inicialmente a compreender como vem ocorrendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre temas importantes levantados após a Constituição Federal de 1988

1. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, p.55. In: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. 1980. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 57.
2. CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>>, p. 6. Acesso em: 21 abr. 2013.

(CF/88), tais como o direito de greve dos servidores públicos e outros direitos sociais ainda carentes de regulamentação ou efetivação. Em seguida, este posicionamento será demonstrado, a partir de alguns julgados logo após a CF/88, em que se percebe uma interpretação procedimentalista do STF, e, de alguns julgados mais recentes, que apresentam uma fundamentação substancialista, em busca de uma interpretação conforme a CF/88. Após esta contextualização do posicionamento do STF pós CF/88, este artigo irá realizar um recorte no julgamento da ADI 4.424/DF, julgada em conjunto com a ADC 19/DF, que modificou a interpretação de alguns artigos da Lei 11.340/2006 no sentido de aproximá-la à interpretação constitucional. Justificando a relevância do tema das ações escolhidas como recorte, o estudo abordará também alguns dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres no Brasil e na Bahia.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle concentrado. Substancialismo.

Sumário: 1. Introdução — 2. A Jurisdição Constitucional e o seu Papel dentro do Estado Democrático de Direito — 3. O Controle Concentrado de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988 — 4. O STF, a Jurisdição Constitucional e o Controle Concentrado: algumas questões — 5. As divergências teóricas entre Procedimentalismo e o Substancialismo — 6. Alguns exemplos de julgados logo após a CF/88: uma interpretação procedimentalista do STF. E alguns julgados mais recentes: uma

fundamentação substancialista objetivando interpretar as leis conforme a CF — 7. Alguns dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres — 8. A interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006: o substancialismo aplicado pelo STF no julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF — 9. Considerações Finais — 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe, inicialmente, a dar uma visão geral da Jurisdição Constitucional e do seu Papel dentro do Estado Democrático de Direito, a partir de algumas noções sobre a Jurisdição Constitucional, o Controle de Constitucionalidade e os Tribunais Constitucionais.

Além disto, com base no papel exercido por estes tribunais, irá mencionar brevemente as principais divergências teóricas entre Procedimentalismo e o Substancialismo com o objetivo de, posteriormente, compreender como se deu o entendimento do STF acerca deste tema após a Constituição Brasileira de 1988.

Serão suscitadas também algumas questões a respeito do posicionamento do STF com relação à Jurisdição Constitucional e o Controle Concentrado, exemplificando sua atuação com alguns exemplos de julgados logo após a CF/88, em que se percebe uma interpretação procedimentalista do STF, e, logo a seguir, com a apresentação de alguns julgados mais recentes, que apresentam uma fundamentação mais substancialista, em busca de uma interpretação conforme a CF/88.

Após esta contextualização do posicionamento do STF pós CF/88, este artigo irá realizar um recorte no julgamento da ADI 4.424/DF, julgada em conjunto com a ADC 19/DF, que modificou a interpretação de alguns artigos da Lei 11.340/2006 no sentido de aproximá-la à interpretação constitucional.

Justificando a relevância do tema, o estudo abordará, preliminarmente, alguns dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres no Brasil.

A seguir, tratará do julgamento da ADC 19/DF, para posteriormente analisar a ADI 4.424/DF a partir dos fundamentos da Procuradoria Geral da República no cabimento da ADI, da defesa do Advogado-Geral do Senado pela manutenção do texto atual, e, por fim, da justificação do STF para a decisão proferida.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SEU PAPEL DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. Algumas noções sobre a Jurisdição Constitucional

O conceito da jurisdição é atribuir a um terceiro imparcial a função de promover o Direito de modo imperativo e criativo, para reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas com força para se tornar indiscutível e insuscetível de controle externo. (DIDIER JR., 2012, p. 95)

Sendo uma atividade secundária (o Estado só atua se primariamente as partes não cumprirem de forma espontaneamente o que se discute), a jurisdição é instrumental (meio de proteção ao direito de todos), desinteressada (deve atuar com imparcialidade)

e provocada (depende de provocação, é atividade inerte) (CUNHA JR, 2008, p. 387).

A jurisdição é una e indivisível, mas doutrinariamente pode-se distinguir a jurisdição quanto à matéria, que pode ser ordinária ou constitucional. Neste sentido, a principal função da Jurisdição Constitucional é remover e solucionar os conflitos de natureza constitucional. Desta forma, a matéria constitucional tem como parâmetro a defesa da constituição, compreendendo: *“a atividade de fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, os conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais e entidades políticas da Federação, além da proteção dos direitos fundamentais”*. Esta proteção à Constituição pode vir a ser exercida por diversos órgãos. Ou seja, onde houver conflito, e este relacionar-se à matéria constitucional, também haverá a jurisdição constitucional. (CUNHA JR, 2008, p. 387)

2.2. O Controle de Constitucionalidade e os Tribunais Constitucionais

John Hart Ely (2010, p. 3), na década de 80, ao tratar sobre a teoria do controle da constitucionalidade, citou como lados de uma disputa doutrinária de diferentes épocas, o que ele chamou de Interpretacionismo e Não Interpretacionismo. Para a primeira corrente, os juízes devem ter sua atuação limitada *“as normas explícitas ou claramente implícitas na constituição escrita”*. A segunda corrente, adotando uma posição divergente, defende que *“os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento”*. Defendia, entretanto, uma abordagem distinta: *“do*

controle judicial de constitucionalidade que seja orientado pela noção de participação e favoreça a representatividade” (ELY, 2010, p.115). Para ele, numa democracia participativa, não caberia aos juízes e aos tribunais as determinações de valor, mas aos representantes eleitos, dessa forma, havendo desaprovação, a maioria poderia desaprová-los através do voto (ELY, 2010, p. 137). Ressalta ainda, a necessidade de correção das falhas de representação, e de que os Tribunais realizem a proteção das minorias (ELY, 2010, p. 231). Entretanto, o controle de constitucionalidade das leis e atos não pode ser feito de forma discricionária e subjetiva. Um ato inconstitucional deve ser analisado, o controle da Corte não pode ser irrestrito (ELY, 2010, p. 211).

Para Eros Roberto Grau (2009, p. 294-295), a estabilidade, a regularidade e a harmonia do sistema jurídico dependem de sua transgressão. Neste sentido, as exceções fazem parte do Direito e a norma geral não é capaz de contemplá-las, pois, se fosse de outro modo, deixaria de ser geral. E segue afirmando que:

O Supremo Tribunal Federal tem assim procedido — isto é, aplicando normas a situações de exceção desapplicando-as, retirando-as da exceção, vale dizer, incluído essas situações no sistema jurídico — em alguns casos assumindo declaradamente tê-lo feito. Assim se deu, por exemplo, nas decisões tomadas na ADI 2.240, da qual fui relator, e na Rel 3.304 — quando atuou de modo determinante a forma normativa dos fatos. (GRAU, 2009, p. 296)

Eros Grau (2009, p. 313) entende ainda que os textos são interpretados pelos tribunais a partir da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, e que este é um exercício que tem sido praticado de forma reite-

rada pelo STF no controle da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.

Em síntese: (1) o princípio da proporcionalidade e a exigência de razoabilidade atuam como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais, inclusive os legislativos; (2) a atividade legislativa, assim como todos os atos emanados do Poder Público, está necessariamente sujeita, para efeito de sua validade material, à observância de padrões mínimos de razoabilidade e ao postulado da proporcionalidade. (GRAU, 2009, p. 313)

E de que forma é a relação entre o judiciário e o legislativo no Brasil em relação a estas interpretações?

No Brasil ocorre uma desconfiança recíproca entre o judiciário e o legislativo. O legislativo tem 3 grandes linhas de preocupação-desconfiança: 1) a corrupção no judiciário; 2) a desvirtuação do sentido das normas, por não compreendê-las em seu sentido e alcance; e, por último, 3) a atuação como um legislador paralelo, um criador do Direito através de uma revisão universal das leis (TAVARES, 2012, p. 21-22). Por sua vez, o juiz desconfia do legislador, ou pela sua inércia, ou por suspeitar que as leis estão viciadas, presas a interesses corporativos, que violam a CF e que não representam o interesse geral (TAVARES, 2012, p. 25). Nestes casos, a desconfiança é “*resultado da vinculação primária do juiz e do legislador à Constituição*” (TAVARES, 2012, p. 28).

Neste sentido, André Ramos Tavares (2012) complementa que apesar da função nuclear do juiz constitucional ser a defesa da constituição, e, da importância já reconhecida do Tribunal Constitucional para o sistema jurídico (TAVARES, 2012, p. 35):

essa instituição e sua atuação têm sido constantemente questionada em sua legitimidade (portanto, não em sua existência ou efetividade). Numa análise descritiva e presa a determinada realidade estatal, percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagar uma situação mais séria de crise institucional. Esse sentimento de uma espécie de ‘quebra de confiança’ ou descontentamento pode ter diferentes origens e se manifestar mais fortemente em virtude de determinadas particularidades culturais e institucionais... (TAVARES, 2012, p. 59-60)

Percebe-se, portanto, que a atuação do judiciário, e, especificamente do Tribunal Constitucional, em relação ao controle da proporcionalidade das leis, tem sido alvo de discussões doutrinárias frequentes no que diz respeito ao seu alcance e à sua legitimidade.

3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Brasileira de 1934 já trazia uma noção do controle concentrado constitucional, através da representação interventiva de iniciativa do PGR e sujeita a apreciação do STF (art. 12, §2º), para as hipóteses de descumprimento dos chamados “*princípios constitucionais sensíveis*” (art. 7º, I, alínea *a* e *h*). Entretanto, foi na EC nº 16 de 1965, que foi instalado o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos na esfera federal e estadual em relação à CF, através da ideia da Representação Genérica de Inconstitucionalidade, ainda de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. (CUNHA JR, 2010, p. 323-325).

Para o professor Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 183), a CF de 88 valorizou o Controle Concentrado Brasileiro, através da previsão das ações diretas e pela ampliação da legitimidade para iniciar as referidas ações a outras autoridades, órgãos e entidades, seguindo o modelo vigente de outros Tribunais Constitucionais Europeus. Além disto, instaurou “*uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição*”, que ocorre quando se ajuíza uma ação direta em que o pedido principal é a declaração ou não da constitucionalidade:

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza da questão principal, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual — relembremos — a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado — à exceção do que ocorre na ADPF incidental — é provocada por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal Federal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição. (CUNHA JR, 2012, p. 183-184)

A Constituição Federal de 1988, ao ampliar, de forma significativa, os legitimados, reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, “*permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submeti-*

das ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” Além disto, tornou o controle abstrato de normas um instrumento federativo, pois permite a aferição da constitucionalidade de leis federais, pelo governador, e também o controle da constitucionalidade das leis estaduais, perante a iniciativa do Presidente da República. A legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional traz também a noção de defesa das minorias, pois, mesmo um partido com participação parlamentar minoritária, pode vir a discutir a inconstitucionalidade de lei. (MARTINS; MENDES, 2009, p. 86-87).

Para ter uma noção da participação destes legitimados em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a seguir, o quadro que representa o número de ADI por legitimado, entre os anos de 1988 a 2012 (atualizado até 31 de dezembro de 2012):

LEGITIMADOS	QUANT.	%
Presidente da República	8	0,2%
Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	54	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.140	23,7%
Procurador-Geral da República	964	20,0%
Conselho Federal da OAB	231	4,8%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	822	17,1%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	1.235	25,6%
Mais de 1 legitimado**	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	362	7,5%

Figura 1. ADI por legitimado.³

De acordo com os números acima, percebe-se o maior número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade sendo propostas pelo Procurador Geral da República (20%), pelos governadores (23,7%), entidades de classe (25,6%) e partidos políticos (17,1%), ressaltando que os três últimos são legitimados ampliados pela CF/88.

4. O STF, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE CONCENTRADO: ALGUMAS QUESTÕES

E a partir das noções aqui abordadas, sobre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade na CF/88, e, do posicionamento “mutável” frente a alguns temas recorrentes no STF após a CF/88, algumas questões se apresentam:

1. *O que ocorre quando existe um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o STF?*

2. *Diante da inércia e das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, a jurisprudência (neste trabalho, especificamente, o STF) estaria legitimada a assumir este papel? De que forma o vem exercendo após 1988?*

3. *Quais os fundamentos, utilizados pelo STF, no julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF, e os seus aspectos mais próximos do substancialismo?*

3. STF – Supremo Tribunal Federal. ADI por Legitimado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

5. AS DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS ENTRE PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO

O debate entre procedimentalismo e substancialismo tem uma importância fundamental para a definição do papel da jurisdição constitucional. O papel exercido pela Constituição, a força normativa e o seu grau de dirigismo podem variar a depender da tese adotada. No modelo substancialista, exige-se uma maior presença da Jurisdição Constitucional, em resposta a omissão dos demais poderes e para garantir uma maior efetividade da Constituição. Entretanto, esta mesma linha de pensamento é criticada pelos procedimentalistas, que temem o perigo do ativismo judicial como um agente capaz de enfraquecer a própria Constituição. Para estes, ocorre, na verdade, uma judicialização da política, uma verdadeira invasão da política e da sociedade pelo Direito (STRECK, 2012, p. 80-81).

Neste sentido, para Jürgen Habermas (2011, p. 170-171), a atuação dos Tribunais Constitucionais poderia vir a causar o enfraquecimento da cidadania e da democracia, além de ser contrária ao pluralismo e aos limites necessários à justiça constitucional. Habermas defende que ao legislador é dada legitimação democrática para criar condições de estabelecer igualdade jurídica, e que este deve cumprir com o dever de combater as desigualdades de fato. Habermas também critica a invasão da política pelo direito:

Se a política se servisse da forma do direito para qualquer tipo de fins, destruiria a função própria do direito e feriria as condições de criação do direito e do poder político. No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticida-

de, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam. (HABERMAS, 2011, p.171)

Lênio Streck (2012, p. 81-82) é defensor das teorias materiais-substanciais porque estas trabalham a ideia de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais é uma forma de validar a própria Constituição Federal, ligando a Política ao Direito. Para ele, estas teorias levantam também a “*questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão*” (STRECK, 2012, p. 82).

E é a partir destas duas correntes, Procedimentalista e Substancialista, e do papel por elas conferidos aos Tribunais Constitucionais, que serão analisados, a seguir, alguns julgados do STF.

6. ALGUNS EXEMPLOS DE JULGADOS LOGO APÓS A CF/88: UMA INTERPRETAÇÃO PROCEDIMENTALISTA DO STF. E ALGUNS JULGADOS MAIS RECENTES: UMA FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIALISTA OBJETIVANDO INTERPRETAR AS LEIS CONFORME A CF

Durante a década de 90, analisando alguns julgados que discutiam a omissão do Estado frente a temas constitucionais ainda não regulamentados ou implementados, o STF se posicionava claramente como um Tribunal defensivo, com postura procedimentalista, limitando-se a garantir o funcionamento das estruturas democráticas.

Quando o STF precisava se pronunciar sobre concretização dos direitos sociais e normas programáti-

cas, se omitia, recorrendo à separação dos poderes para passar a responsabilidade às políticas públicas do Poder Executivo.

A seguir alguns exemplos desta postura e também da mudança que se seguiu.

Por exemplo, em casos que se discutia a greve dos servidores públicos, norma ainda carente de regulamentação, em diversas decisões (**MI 438/94, MI 20/94, ADI 1306-BA/95, RE 185944-ES/98, ADI 1696 Medida Cautelar SE/98**), o STF se limitava a comunicar ao Poder Legislativo que ele estava demorando em editar a lei:

MI 438 / GO – GOIÁS

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 11/11/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE – CONSTITUIÇÃO, ART. 37, VII. 2. LEGITIMADO ESTE SINDICATO A REQUERER MANDADO DE INJUNÇÃO, COM VISTAS A SER POSSIBILITADO O EXERCÍCIO NÃO SÓ DE DIREITO CONSTITUCIONAL PRÓPRIO, COMO DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA QUE REPRESENTA, INVIABILIZADO POR FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA. PRECEDENTE NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 347-5-SC. 3. SINDICATO DA ÁREA DE EDUCAÇÃO DE ESTADO-MEMBRO. LEGITIMIDADE ATIVA. 4. RECONHECIMENTO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL, QUANTO A ELABORAÇÃO DA LEI COMPLEMENTARA QUE SE REFERE O ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL E AO PRESIDENTE DA REPUBLICA. 5.

NÃO É ADMISSÍVEL, TODAVIA, O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SUCEDANEO DO MANDADO DE SEGURANÇA, EM ORDEM A ANULAÇÃO DE ATO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVO QUE RESPEITE AO DIREITO CONSTITUCIONAL CUJO EXERCÍCIO PENDE DE REGULAMENTAÇÃO. NESSE SENTIDO, NÃO CABE MANDADO DE INJUNÇÃO PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL QUE HAJA DECLARADO A ILEGALIDADE DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO, NEM POR ESSA MESMA VIA E DE SER RECONHECIDA A LEGITIMIDADE DA GREVE. CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXXI. 6. MANDADO DE INJUNÇÃO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO, PARA O FIM ACIMA INDICADO.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal conheceu, em parte, do mandado de injunção, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que dele não conheciam. Na parte em que conheceu, o Tribunal, por maioria de votos, reconheceu a existência da mora e determinou que fosse ela comunicada ao Congresso Nacional, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que desde logo fixavam as condições necessárias ao exercício do direito. Votou o Presidente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 11.11.1994. (STF, 2013)

Outro exemplo, desta vez em relação a não regulamentação legislativa do aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, CF, que em decisões passadas (**MI 695 / MA – 2007, MI 278 / MG – 2001, MI 95 / RR – RORAIMA – 1993**), firmava posicionamento que deveria apenas declarar a mora e submetê-la ao Congresso Nacional:

MI 695 / MA – MARANHÃO

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator(a): **Min. SEPÚLVEDA PERTENCE**

Julgamento: **01/03/2007** Órgão Julgador: **Tribunal Pleno**

Publicação: DJ 20-04-2007 PP-00087 EMENT VOL-02272-01 PP-00001

LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 90-94

RDECTRAB v. 14, n. 155, 2007, p. 118-133

Parte(s):

Impte.(s): ISAAC RIBEIRO SILVA

Adv.(a/s): JOSÉ CARLOS MINEIRO

Impdo.(a/s): CONGRESSO NACIONAL

Ementa: Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu o pedido. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 01.03.2007.

Com o passar dos anos, o STF voltou a enfrentar a temática do Direito de Greve (**Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA**), e, em relação ao mesmo direito de greve dos servidores públicos, vem manifestando o entendimento no sentido da eficácia imediata do direito constitucional de greve dos servidores públicos, a ser exercício por meio da aplicação da Lei n.º 7.783/89, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão:

ADI 3235 / AL – ALAGOAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): **Min. CARLOS VELLOSO**

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (art. 38, II, RISTF)

Julgamento: 04/02/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º do Decreto estadual nº 1.807, publicado no Diário Oficial do Estado de Alagoas de 26 de março de 2004. 3. Determinação de imediata exoneração de servidor público em estágio probatório, caso seja confirmada sua participação em paralisação do serviço a título de greve. 4. Alegada ofensa do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) e das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). 5. Inconstitucionalidade. 6. **O Supremo Tribunal Federal, nos termos dos Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, já manifestou o entendimento no sentido da eficácia imediata do direito constitucional de greve dos servidores públicos, a ser exercício por meio da aplicação da Lei nº 7.783/89, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão.** 7. Decreto estadual que viola a Constituição Federal, por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis em razão do exercício do direito de greve. 8. Ação julgada procedente.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 19.12.2005.

DANIELA DIAS QUEIROZ

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22.02.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator). Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Não votaram o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, ausentes neste julgamento. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 04.02.2010. (STF, 2013)

Atualmente, também já firmou entendimento de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar que a Administração Pública venha a adotar medidas assecuratórias para proteção de direitos essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes:

**AI 809018 AgR / SC – SANTA CATARINA
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Relator(a): **Min. DIAS TOFFOLI**

Julgamento: **25/09/2012** *Órgão Julgador:* **Primeira Turma**

Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012

Parte(s):

Relator: MIN. DIAS TOFFOLI

Agdo.(a/s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Proc.(a/s)(es): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Agte.(s): ESTADO DE SANTA CATARINA

Proc.(a/s)(es): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecutorias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

No âmbito do direito do trabalho, em decisão recente, do dia 06/02/2013, o STF trouxe um posicionamento diametralmente oposto à súmula 441 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), entendendo que, mesmo nas dispensas ocorridas antes da publicação da Lei 12.506/2011 (Lei do Aviso Prévio), seria possível adotar a regulamentação posterior, ou seja, o Aviso Prévio Proporcional. O seu fundamento, nesta decisão, é que a CF, em seu art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, já previa tal direito, e o que ocorria desde então era uma omissão. Esta decisão, entretanto, vale, desde que seja obedecido o

prazo prescricional de 2 (dois) anos e para ações que cheguem ao STF:

INFORMATIVO Nº 694⁴

Título: Mandado de injunção e aviso prévio – 2

Processo: MI MI 1010/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.2.2013. (MI-1010) – 943

Artigo: Em conclusão, o Plenário determinou a aplicação dos critérios estabelecidos pela Lei 12.506/2011 — que normatizou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço — a mandados de injunção, apreciados conjuntamente, em que alegada omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”) — v. Informativo 632. De início, destacou-se que a superveniência da lei não prejudicaria a continuidade de julgamento dos presentes mandados de injunção. Asseverou-se que, na espécie, a interrupção somente ocorrera para consolidar-se proposta de regulamentação provisória, a ser incluída na decisão da Corte, a qual já teria reconhecido a mora legislativa e julgado procedente o pleito. Em seguida, registrou-se que, a partir da valoração fei-

-
4. Este Informativo foi elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário e contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo694.htm#Mandado de injunção e aviso prévio — 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo694.htm#Mandado%20de%20injuncao%20e%20aviso%20previo)>. Acesso em: 08 maio 2013.

ta pelo legislador infraconstitucional, seria possível adotar-se, para expungir a omissão, não a norma regulamentadora posteriormente editada, mas parâmetros idênticos aos da referida lei, a fim de solucionar os casos em apreço. Nesse tocante, o Min. Marco Aurélio salientou a impossibilidade de incidência retroativa dessa norma. O Tribunal autorizou, ainda, que os Ministros decidissem monocraticamente situações idênticas. O Min. Marco Aurélio consignou que não deveria ser apregoado processo que não estivesse previamente agendado no sítio do STF na internet. MI 943/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.2.2013. (MI-943)

Percebe-se, portanto, que os novos julgados do STF vêm buscando efetivar direitos sociais constitucionalmente tutelados, tendo como fundamentos principais: o direito à educação (art. 205, CF), o direito à saúde (arts. 196 e 197, CF) e o direito ao trabalho e à garantia do emprego (art. 7º, I, CF).

7. ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Com o objetivo de compreender a importância da Lei Maria da Penha no Sistema Jurídico Brasileiro, Lei objeto da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF, a seguir serão apresentados alguns dados sobre a violência contra as mulheres no Brasil e na Bahia, em especial.

Para ter uma simples noção do índice de violência contra as mulheres no país, verifica-se que em um estudo apresentado pelo Mapa da Violência no Brasil (2012), o Brasil ocupa o 7º lugar, dentre 84 países pesquisados, na taxa de homicídios femininos a cada 100 mil mulheres.

DANIELA DIAS QUEIROZ

PAÍS	ANO	TAXA	POS
El Salvador	2008	10,3	1°
Trinidad e Tobago	2006	7,9	2°
Guatemala	2008	7,9	3°
Rússia	2009	7,1	4°
Colômbia	2007	6,2	5°
Belize	2008	4,6	6°
Brasil	2009	4,4	7°
Casaquistão	2009	4,3	8°
Guiana	2006	4,3	9°
Moldávia	2010	4,1	10°

Figura 2. Taxas de homicídio feminino (em 100 mil mulheres), em 84 países do mundo. Mapa de Violência 2012.

Segundo dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Ministério da Saúde, a proporção de atendimentos sobre “Violência Doméstica, Sexual e/ou outras Violências” é de:

- 70.285 (65,4%) mulheres;
- 37.213 (34,6%) homens;
- 74 (não tem indicação de sexo da vítima).

É uma estatística dos atendimentos que demandam o SUS, e, sabe-se que além destes, muitos outros atos de violência estão ocorrendo e não são contabilizados. A proporção de dois a cada três atendimentos, é apenas mais um indicativo da violência que as mulheres são vítimas.

A situação na Bahia não é muito diferente. A taxa de homicídio feminino aqui supera a Média Nacional (4,4 para cada 100 mil mulheres). A Bahia ocupa o 6° lugar entre os Estados, e, apresenta taxa é de 6,1 homicídios para cada 100 mil mulheres.

A ABORDAGEM INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM JULGADOS...

UF	Nº	TAXA	POS
Espírito Santo	175	9,8	1º
Alagoas	134	8,3	2º
Paraná	338	6,4	3º
Pará	230	6,1	4º
Mato Grosso do Sul	75	6,1	5º
Bahia	433	6,1	6º
Paraíba	117	6,0	7º
Distrito Federal	78	5,8	8º
Goiás	172	5,7	9º
Pernambuco	251	5,5	10º
Mato Grosso	80	5,4	11º
Tocantins	34	5,0	12º
Roraima	11	5,0	13º
Acre	18	4,9	14º
Rondônia	37	4,8	15º
Amapá	16	4,8	16º
Rio Grande do Norte	71	4,4	17º
Sergipe	45	4,2	18º
Rio Grande do Sul	227	4,1	19º
Minas Gerais	405	4,1	20º
Rio De Janeiro	339	4,1	21º
Ceará	174	4,0	22º
Amazonas	66	3,8	23º
Maranhão	117	3,5	24º
Santa Catarina	111	3,5	25º
São Paulo	671	3,2	25º
Piauí	40	2,5	26º
Brasil	4.465	4,6	

Figura 3. Números e taxas de homicídio feminino (em 100 mil mulheres) por UF. Brasil. 2010.

E o problema não está apenas nos grandes centros e nas capitais, alguns municípios baianos também ocupam posição de destaque nos números da violência contra as mulheres:

MUNICÍPIO (BA)	TAXA	POSIÇÃO NACIONAL	POSIÇÃO NO ESTADO
Porto Seguro	22,1	3°	1°
Simoões Filho	21,7	4°	2°
Lauro de Freitas	20,2	6°	3°
Teixeira de Freitas	18,5	10°	4°
Eunápolis	15,7	16°	5°
Santo Amaro	13,3	24°	6°
Itamaraju	12,7	27°	7°
Jacobina	12,2	32°	8°
Itabuna	12,1	33°	9°
Dias D'ávila	11,9	36°	10°
Candeias	11,7	39°	11°
Ilheus	11,6	41°	12°
Valença	11,1	50°	13°
Paulo Afonso	10,6	59°	14°
Jequié	10,2	63°	15°
Itapetinga	8,6	92°	16°
Salvador	8,3	94°	17°
Catu	7,6	117°	18°
Vitória da Conquista	7,5	119°	19°
Feira de Santana	7,2	126°	20°

Figura 4. Números e taxas de homicídio feminino (em 100 mil mulheres) por Municípios. Brasil. 2010.

Em 2007, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao elaborar o estudo sobre a violência contra as mulheres nas Américas (CIDH, 2013, p. 1), ratifica este entendimento, demonstrando que

esta situação de violência não está adstrita ao Brasil. Este mesmo estudo cita o caso da Brasileira Maria da Penha Fernandes (CIDH, 2013, p. 43), que ficou paraplégica em razão da violência doméstica sofrida, como um exemplo de tolerância estatal e ineficácia do Estado Brasileiro em atuar contra a violência doméstica.

São números que preocupam, e, que como será visto adiante, fazem destas ações de grande interesse público e social. Integram, inclusive, a justificação de motivos para o julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF, a ampliação da efetividade dos crimes previstos na Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de coibir a violência doméstica contra as mulheres. E foi também, por causa da relevância social deste tema, que estas ações foram escolhidas como recorte específico de um julgamento recente do STF, em que se buscou uma interpretação conforme à CF/88, em confronto ao texto normativo elaborado e promulgado pelo Poder Legislativo.

8. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 12, I; 16 E 41, TODOS DA LEI 11.340/2006: O SUBSTANCIALISMO APLICADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADI 4.424/DF E DA ADC 19/DF⁵

Neste tópico, será abordado o julgamento da ADI 4.424/DF, julgada em conjunto com a ADC 19/DF,

-
5. Os acórdãos dos julgados da ADC 19/DF e da ADI 4.424/DF não foram publicados até o momento de finalização deste artigo, portanto, em razão disto, os dados apresentados sobre os julgamentos foram levantados a partir do informativo de nº 654 e pela agência de notícias do Tribunal em relação às Sessões de Julgamento das respectivas ações. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2013.

que discute a natureza da ação penal do crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. Para este julgado, serão expostos os fundamentos trazidos pelo STF para modificar a interpretação da Lei 11.340/2006 em seus arts. 12, I, 16 e 41.

Como se verá, percebe-se, neste caso, um STF cada vez mais preocupado em efetivar direitos, exigindo que o Estado atue para coibir todas as formas de violência contra a mulher, passando a ele, Estado, inclusive, o dever de intervir quando esta violência não é representada pela mulher.

8.1. O Julgamento da ADC 19/DF na mesma sessão

A ADI 4.424/DF foi julgada em conjunto com a ADC 19/DF. As duas ações tratavam sobre a constitucionalidade de alguns artigos da Lei Maria da Penha, e, por esta pertinência temática, foram apreciadas na mesma sessão.

Para a ADC 19, o Plenário determinou, por unanimidade, procedente a ação declaratória, ajuizada pelo Presidente da República, para assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa

do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.”

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Para o Relator, o Ministro Marco Aurélio, em relação aos artigos 1º e 41 da Lei Maria da Penha, não caberia a noção de que seria desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. Para o Ministro, a mulher seria mais vulnerável em relação a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos no ambiente doméstico, e, além disto, a Lei Maria da Penha estaria em harmonia com o que disposto no art. 7º, item c, da Convenção de Belém do Pará e outros tratados ratificados pelo Brasil:

Artigo 7º. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: ... c. incorporar na

sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.

Em relação ao art. 33, o entendimento do STF é de que a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher seria uma faculdade para a administração judiciária, e que a criação destes teria, como o objetivo principal, dar tratamento uniforme, especial e mais rápido às causas previstas nesta lei, e que, portanto, não ofenderia os artigos 96, I, *a*, e 125, § 1º, ambos da CF.

8.2. O Julgamento da ADI 4.424/DF

Após o julgamento da ADC 19/DF, o Plenário, desta vez por maioria (10 X 1), julgou procedente a ação direta 4.424/DF, proposta pelo Procurador Geral da República, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só

será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A seguir, serão examinados os fundamentos e os pedidos da petição inicial proposta pelo Procurador Geral da República, a defesa do texto atual da Lei 11.340/2006 pelo Advogado-Geral do Senado e os fundamentos apresentados pelo STF que julgou pela constitucionalidade dos referidos artigos da Lei 11.340/2006.

8.2.1. A exordial proposta pelo Procurador Geral da República⁶

Na alegação dos fatos, o Procurador Geral da República (PGR), Roberto Gurgel, inicia afirmando que até 2006, os crimes de lesões corporais de natureza leve eram alcançados pela Lei 9.099/95 (lei instituidora dos juizados especiais), que previa em seu art. 88, que a persecução penal destes crimes dependia de representação do ofendido. Ocorre que desde então, a maioria dos casos (70%) acaba em conciliação, ocorrendo o que a Flávia Piovesan (2009, p.223) vem a chamar de “*banalização*” da queixa. E conclui

6. Petição Inicial disponibilizada pelo Ministério Público Federal. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimaria-dapenha_PGR.pdf>. Acesso em: 21abr. 2013.

esta parte, afirmando que o grande fundamento da Lei 11.340/2006 e da Convenção Belém do Pará⁷ é criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*” (art. 1º da Lei 11.340/2006). Ocorre que para isto, tais medidas devem ser efetivas, e isto não vem ocorrendo.

A tese de direito sustentada por Gurgel é “*de que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que entende ser o crime de ação penal pública incondicionada*”. E ainda, a interpretação que faz a ação penal ser pública condicionada à representação da vítima violaria: I) o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); II) os direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); III) a proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e o dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

Em relação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), Gurgel ressalta o direito ao respeito, à integridade física e moral, previstos no “Pacto de San José da Costa Rica”, direitos estruturantes da dignidade humana. Reafirma que a Lei Maria da Penha veio como uma resposta à impuni-

7. A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de direitos humanos a reconhecer a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado. Assinada no Brasil em 9 de julho de 1994, entrou em vigor em 3 de março de 1995, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995, ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

dade trazida com a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes de lesão de natureza leve em ambiente doméstico contra a mulher. E ressalta ainda que na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o relatório de janeiro de 2007⁸ emitiu uma série de recomendações exigindo a efetividade das sanções penais como mecanismo de combater a impunidade e reduzir a violência contra as mulheres.

Quanto ao direito fundamental de igualdade (art. 5º, I), Gurgel defende que tais medidas do jeito que são interpretadas, provocam impactos desproporcionais às mulheres, ferindo a igualdade material. Cita como fundamentos a teoria da discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional, já acolhidas em decisões recentes do STF. As mulheres representam o grupo vulnerável da relação, e acabam, por isto, muitas vezes não seguindo ou iniciando com a ação diante desta desproporcionalidade.

Diante da garantia fundamental de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (Arts. 5º, XLI, e 226, § 8º, da CF), Gurgel entende que não caberiam os argumentos de defesa da entidade familiar e da possibilidade de reconciliação do casal quando o que está em jogo é a proteção dos direitos de seus integrantes contra a violência e discriminação, entendimento ratificado pelo já citado relatório da Comissão Interamericana

8. Este relatório foi elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de esclarecer sobre o acesso à justiça para mulheres vítimas de violência nas Américas. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

de Direitos Humanos em 2007. Para ele, a Constituição é clara quando diz que é dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º), e, portanto, condicionar o início ou prosseguimento da ação ao consentimento da vítima seria não conferir efetividade a este dever.

Diante dos fundamentos alegados, Gurgel conclui que:

(i) a Lei 9.099 não se aplica, em hipótese alguma, aos crimes cometidos no âmbito da chamada Lei Maria da Penha, como, de resto, está expresso em seu art. 41; (ii) portanto, como consequência lógica e necessária, o crime de lesões corporais consideradas leves, praticado em ambiente doméstico, é de ação penal pública incondicionada; (iii) a representação a que se referem os arts. 12, I, e 16 da Lei Maria da Penha diz respeito a crimes em que esse requisito encontra previsão em lei outra que não a 9.099, como se dá, por exemplo, com a ameaça (art. 147, parágrafo único, CP).

O PGR finaliza a ação pedindo, cautelarmente, que já seja dada, de forma liminar, a interpretação conforme à CF aos artigos supra citados, por entender o “periculum in mora” decorrente da violência praticada às mulheres e da plausibilidade das alegações dadas. Solicita também em pedido final, que sejam colhidas as informações necessárias se ouvido o Advogado-Geral da União, consoante previsto no § 3º do art. 103 da Constituição da República, seja determinada abertura de vista dos autos à Procuradoria Geral da República, para manifestação a respeito do mérito, e, ao final, seja julgado procedente o pedido, para o fim de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 12,

I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, para o fim de entender que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar são de ação penal pública incondicionada, reservando-se a aplicação dos artigos 12, I, e 16 àqueles crimes em que a necessidade de representação está prevista em ato normativo distinto da Lei 9.099.

Além disto, o PGR solicita, como pedido subsidiário, que se o STF não entender cabível a ADI, faça o acolhimento do pedido como ADPF, pelo entendimento de que, tais artigos, como estão sendo interpretados, estão ocasionando lesão à preceito fundamental e que portanto, esta seria o meio cabível para saná-la.

8.2.2. Defesa do texto atual pelo Advogado do Senado

O Advogado-Geral do Senado Federal, Alberto Cascais, na condição de interessado na ADI 4.424, defendeu o texto atual da lei perante os Ministros do STF⁹.

Para ele não há inconstitucionalidade: “*No máximo teríamos um confronto aparente de normas*”. Entende o advogado também, que é uma opção de política criminal estabelecer que aos crimes de lesões corporais leves e culposas, alcançados pela Lei 11.340/2006, cabe ação pública condicionada à representação da vítima, e que esta opção fica a cargo exclusivo do legislador infraconstitucional (STF, 2013).

Para ele, exigir a representação não significa que haja deficiência na proteção ao bem tutelado. Em

9. Notícia divulgada pelo STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199763&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

muitos casos, processar o ofensor, mesmo contra vontade da vítima, não é melhor solução para famílias que convivem com violência doméstica. Segundo o advogado, existem outras medidas mais adequadas para proteção da família. Entender que a ação deve ser incondicionada significa retirar da mulher a discricionariedade para analisar se o Estado deve ou não agir em seu caso, submetendo-a à vontade de agentes do Estado, frisou. (STF, 2013)

Utilizando-se dos argumentos acima, o Advogado-Geral do Senado concluiu pela improcedência do pedido, solicitando que os artigos fossem declarados constitucionais independente de interpretação conforme à Constituição. (STF, 2013)

8.2.3. Os fundamentos apresentados pelo Relator e seguidos pelos demais Ministros do STF

I – A impropriedade da ADI e a abordagem principiológica da CF

O primeiro ponto analisado foi a questão alegada pelo Senado da República de que a ação direta seria imprópria, por ser o tema da natureza da ação penal tratado em normas infraconstitucionais. Esta questão foi afastada sob o fundamento que a CF possui princípios implícitos e explícitos, e, que a ADI versaria sobre o princípio explícito da dignidade humana, bem como do art. 226, §8º. Ressaltou ainda a importância do Estado em atuar de forma especial para inibir a violência das relações familiares.

II – Dados estatísticos de violência contra a mulher, agressões de natureza leve não estão sendo contabilizadas.

Ao apreciar a questão estatística da violência, verificou-se que, na maioria dos casos de lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação, afirmou-se que tal fato aprofundaria o problema, pois o fato ficaria invisível para a sociedade, e, que o agente, por sua vez, poderia atuar de forma cada vez mais agressiva.

III – Necessidade de intervenção estatal pela não representação da mulher fundada na CF.

A argumentação do STF ratificou a necessidade de intervenção estatal, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI).

IV– A Compatibilidade da legislação ordinária com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará.

Segundo entendimento do STF, repetindo o julgado da ADC 19/DF, a Lei Maria da Penha estaria em harmonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará.

V – O dever do Estado, previsto na CF, em prestar assistência a família e de coibir a violência em seu seio.

Para o STF, deve-se utilizar a razoabilidade e a proporcionalidade no sentido de que, devido ao estado histórico de submissão da mulher, sua proteção ficaria esvaziada se permitisse que, verificada a lesão leve, ainda

assim, fosse possível que ela decidisse sobre o início da persecução penal, antes de recebida a denúncia.

VI – A ação penal cabível seria a pública incondicionada.

O entendimento da maioria foi de que, não deveria aplicar a Lei 9.099/95 (juizados especiais) aos crimes previstos na Lei 11.304/2006, e que a ação cabível para as lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, contra a mulher, no âmbito das relações domésticas é a pública incondicionada.

VII – A Interpretação de alguns Ministros.

O Ministro Cezar Peluso, voto vencido, fundamentou sua decisão no fato que a mudança de interpretação da atuação do Estado iria provocar uma inibição na representação das queixas pelas mulheres, e que isto poderia, inclusive, agravar a violência nas famílias:

Há o risco de que, a mulher continuando a conviver com o parceiro, no meio dessa convivência, eventualmente já pacificada, sobrevenha uma sentença condenatória que terá no seio da família consequências imprevisíveis, e que pode desencadear maior violência, completou Peluso.

Tal afirmação foi rebatida pelo Relator:

“Penso que o valor maior a ser resguardado é o valor que direciona à proteção da mulher e o estado não a protege quando exige que ela adote postura de antagonismo contra o que já se revelou agressor”, disse Marco Aurélio.

O Ministro Gilmar Mendes complementou que a continuação da ação penal pública, mesmo que em

desacordo com a vontade da mulher, poderia sim ser mais um motivo de desarmonia no seio familiar:

Às vezes, a ação penal pública incondicionada [processo aberto sem queixa da agredida] vai ser um elemento de desagregação familiar e o texto constitucional quer um mínimo de integração. Daí eu não estar seguro quanto a essa fórmula que vamos eleger, disse Mendes.

Ou seja, mesmo votando a favor, o Ministro Gilmar Mendes, demonstrou com isto, sua preocupação quanto à fórmula escolhida.

VIII- Posicionamento do Ministério Público, da Advocacia Geral da União e da OAB no caso.

Para o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, manter a representação de queixa com a vítima da violência é “perpetuar um quadro de violência física contra a mulher”.

Gracie Mendonça, representante da Advocacia-Geral da União (AGU), declarou que grande parte da violência doméstica (92,09%) é praticada pelo homem contra a mulher, que necessita, portanto, de um regime legal diferenciado:

Esses dados espancam a tese de que a Lei Maria da Penha fere a isonomia entre homens e mulheres. O que é o princípio da igualdade senão tratar desigualmente aqueles que se encontram em posição de desigualdade, disse a representante da AGU.

O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, citando dados do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), informou que de 331.796

processos relacionados a agressões contra mulheres, apenas 110.998 foram sentenciados até março de 2011 e que isto é um sinal claro da dificuldade do Poder Judiciário no atendimento das necessidades destas vítimas que buscam as varas criminais.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que, ao longo de toda a história brasileira, o STF vem sendo chamado a se posicionar sobre diversas questões, ora provocadas pelo legislativo, ora pelo Executivo, e, que nestes momentos, através do controle de constitucionalidade, objeto específico deste artigo, o tribunal vem adotando uma postura mais ativa, em busca de uma verdadeira efetivação dos princípios e das normas constitucionais frente a atos e normas editadas pelos outros poderes, seguindo uma abordagem mais principiológica e sistêmica dos direitos expressos na norma fundamental do ordenamento pátrio.

A Constituição Brasileira determina de maneira expressa no Art. 102, *caput*, e também no Art. 102, I, *a*, que o STF é o guardião precípua da Constituição. E sendo assim, diante da inércia e das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, o STF deve e vem exercendo este papel de forma sistemática e progressiva, como pode ser percebido pela amostra de julgados apresentados após a CF/88.

Como recorte específico desta situação, o julgamento da ADI 4.424/DF, em conjunto com a ADC 19/DF, é um exemplo claro e recente disto. Os fundamentos apresentados pelo STF demonstram claramente a preocupação para que o Estado busque medidas cada

vez mais efetivas para fazer cumprir a CF/88. E neste caso em especial, o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I), da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), além do dever do Estado em prestar assistência a família e de coibir a violência em seu seio (CF, § 8º do art. 226).

10. REFERÊNCIAS

CIDH – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. 1988.

CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Salvador: JusPodivm, 2012.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. 1980. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DANIELA DIAS QUEIROZ

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. v. II – 1929. Tradução: Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

INSTITUTO SANGARI. *Mapa da Violência no Brasil, 2012*. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf/2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2009.

PGR – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.gov.br/>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”. In: *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Capítulo III

O controle de constitucionalidade no processo arbitral

Gabriel Borghoff

Graduando em direito, 8º semestre na Faculdade Baiana
de Direito e Gestão. E-mail: gabrielborghoff@hotmail.com

O controle de constitucionalidade no processo arbitral

Resumo: O presente artigo tem como objetivo verificar a possibilidade do controle de constitucionalidade a ser feito pelo árbitro dentro de um processo arbitral e quais as implicações jurídicas e sociais desse problema. Primeiramente, irá se observar os conceitos básicos dos temas que envolvem o tema, e a primeira pergunta que se faz, é se o árbitro tem competência e legitimidade ou há algum impedimento para verificar se a norma em questão condiz com os dizeres da carta magna e qual a utilidade desse controle ser feito em um processo arbitral. Outro ponto é discutir sobre qual será o tipo de controle a ser realizado e qual a natureza desse controle. Será abordado também, se possui natureza jurisdicional a arbitragem. Verificar-se-á a possibilidade de controle de constitucionalidade da sentença arbitral pelo judiciário e em que medida ele poderá influenciar ou interferir em um processo arbitral e, em se tratando de arbitragem internacional, se será possível exercer esse controle. Por fim, será feita uma análise, se é possível o controle de constitucionalidade da sentença arbitral, caso ela seja executada em outro país.

Palavras-chave: Arbitragem, processo, controle, constitucionalidade.

Sumário: 1. Introdução — 2. Controle difuso de constitucionalidade — 3. Jurisdição

— 4. Arbitragem e ordem pública — 5. Jurisdicionalidade da arbitragem — 6. Controle de constitucionalidade no processo arbitral — 7. Possibilidade de violação ao princípio da reserva de plenário — 8. Controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira — 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A pergunta central e que orienta o presente ensaio, é: É possível o árbitro, dentro do procedimento arbitral, exercer o controle de constitucionalidade? A partir daqui, serão levantadas hipóteses sobre essa possibilidade, será enfrentada a teoria que irá formar os pilares de argumentação que envolvem o tema, vai se traçar qual seria a importância do controle realizado no processo arbitral, se poderá ser feito ou não e que utilidade isso tem para o âmbito jurídico e social.

Uma vez que o Estado está fora do processo, é imprescindível que o árbitro e as partes estejam em conformidade com as Leis e sobretudo a Constituição, garantindo que direitos fundamentais sejam resguardados, garantindo que todo o processo arbitral corra de acordo com os princípios norteadores da arbitragem e os princípios Constitucionais, reguladores da ordem social e que ditam as formas de resolução de conflitos a qual a arbitragem se presta.

A busca sobre a relevância de um ato, qual seja, a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo árbitro dentro de um processo arbitral, anda de mãos dadas com um dos objetivos da arbitragem, que é a celeridade na resolução

de um conflito, portanto, é importante buscar e questionar aspectos que possam dar ao árbitro maiores ferramentas de independência e prestígio, para que ele possa agir de forma plena no processo, se ele realmente pode assumir tal aspecto e em que medida esse controle seria prejudicial ou benéfico para o processo arbitral, e até que ponto isso seria útil para o sistema jurídico e para a sociedade.

O que se pergunta em seguida, é qual a natureza desse controle, que tipo de controle seria? seria um controle de natureza jurisdicional? tem o processo arbitral, natureza jurisdicional? conferida por lei? poderá exercer de fato o controle de constitucionalidade? E como nota introdutória do artigo, bem observa Rangel Dinamarco:¹

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da teoria geral do processo, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder.

Seguindo esse compasso, abre-se espaço também para a discussão sobre a possibilidade de verificação

1. DINAMARCO, Rangel. *Limites da sentença arbitral e do seu controle jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/primeira-parte-memoria/limites-da-sentenca-arbitral-e-de-seu-controle-jurisdicional/>>. 2013.

da constitucionalidade de uma sentença arbitral pelo judiciário, até que ponto a arbitragem possui autonomia, para por si só efetuar esse controle? traria maior segurança ou instabilidade ao instituto da arbitragem se o controle for feito pelo judiciário? retiraria sua autonomia? São perguntas a que este trabalho tentará a responder.

Outrossim, será discutido o controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira, quais as implicações processuais e até mesmo constitucionais, até que ponto uma lei estrangeira poderá ingressar no nosso ordenamento cristalizada numa sentença arbitral e não ferir nenhum princípio processual ou constitucional pátrio, e ao mesmo tempo respeitar a sentença prolatada, a autonomia da vontade e sua lei de origem, assim como o pacto arbitral? E quem seria o legítimo a efetuar tal controle? quem iria provocar neste caso o controle? Portanto, serão construídos pilares teóricos e conceituais a seguir, que irão sustentar e responder as perguntas feitas acima na tentativa solucionar as problemáticas citadas.

2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em síntese bastante apertada, será abordado aqui o conceito do que é o controle difuso de constitucionalidade e de forma simples e bastante elucidativa explica o autor J.J. Gomes Canotilho², o que é controle jurisdicional difuso de constitucionalidade: “A

2. CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.964.

competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial.”

É, portanto, o ato de um juiz verificar se a lei ou ato do poder público, em um caso concreto, está de acordo com a Constituição. É dito difuso, pois qualquer órgão que possua jurisdição e em qualquer grau, poderá exercer esse controle, qualquer juiz, em qualquer instância poderá exercer o controle de forma difusa em um caso concreto e afastar aplicação de uma norma que considere inconstitucional naquele momento. E será incidental ou *incidenter tantum*, pois é provocado por defesa ou exceção no curso de uma demanda concreta sendo uma questão prejudicial que precisa ser decidida para a resolução do conflito.

O julgador decidirá com base naquele determinado caso concreto se considerará a inconstitucionalidade de lei ou ato, a questão principal não será a inconstitucionalidade, ela será um incidente, tendo em vista que o bem da vida almejado é outro e não a declaração de inconstitucionalidade da lei, a arguição de inconstitucionalidade da norma é um incidente uma vez que a inconstitucionalidade se dá somente naquele caso específico, a aplicação da lei somente será afastada naquela demanda.

Assim, levando em consideração tal conceito do que é o controle difuso de constitucionalidade, passaremos a examinar o próximo pilar argumentativo na busca pela compreensão do tema e de respostas que dêem respaldo ao que se persegue o presente trabalho.

3. JURISDIÇÃO

Aqui será abordado de forma sintética o conceito de jurisdição. Tal conceituação será essencial para o entendimento do tópico a seguir, qual seja, a discussão sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, se seria mero equivalente jurisdicional ou de fato exerceria jurisdição.

Primeiro, é preciso esclarecer que só haverá exercício de poder jurisdicional quando houver lide³, o exercício de jurisdição só de dará e só ira atuar em demandas já instauradas, em casos concretos.⁴ A ação surge com o conflito de interesses juridicamente tutelados, quando um sujeito detentor de um direito tem esse seu direito ameaçado ou obstruído por outrem, daí aparece a necessidade de satisfação desse interesse que fora de alguma forma afrontado, assim, ele busca a resolução deste conflito através de terceiro que imponha uma solução, terceiro este que precisa estar investido no poder jurisdicional.

Assim, explica Fredie Didier que a jurisdição é “a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para se tornar indiscutível.”⁵

3. “Conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida.” CARNELUTTI apud THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, 52. ed. São Paulo: Forense, 2011, p.46.
4. THEODORO JR, Humberto. op. cit., p.46.
5. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p.89.

Outrossim, ainda na busca pela caracterização do que seja jurisdição, explica Antônio Adonias e Rodrigo Klippel que a jurisdição tem três elementos, quais sejam: como poder, que a jurisdição é um poder do Estado; Como dever, que a tutela jurisdicional somente poderá ser concedida pelo Estado e como função, dizendo que a jurisdição é uma função da soberania estatal, assim, explica que a “...função representa o cerne do que é a jurisdição: um desdobramento do poder estatal, uma atividade que concretiza esse poder e que gera, como consequência, um dever.”⁶

Data vênia, não é esta a melhor opção conceitual para que se pretende este artigo, e seguindo novamente o entendimento de Fredie Didier, que fala de outra forma sobre os elementos que compõem a jurisdição: como técnica de resolução de conflitos, em que um terceiro sem interesse na causa resolve o conflito a ele submetido; como manifestação de poder, contemplando lides que são levadas ao seu conhecimento, atuando no caso concreto. Como a jurisdição é um poder cujo monopólio está nas mãos do Estado, ele poderá também autorizar o exercício dessa função a outras pessoas como se verá mais adiante neste trabalho; fala-se ainda em jurisdição como atividade criativa, “cria-se a norma jurídica do caso concreto”, a interpretação do órgão aplicador cria uma norma jurídica individualizada que poderá se tornar indiscutível pela coisa julgada material, e assim, diz-se que há uma atividade criativa do julgador, ele não apenas subsume o fato à norma; Outra característica

6. ADONIAS, Antônio; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p 65.

abordada pelo autor supracitado, é a idéia de jurisdição como uma técnica de processo que visa efetivar direito, o poder jurisdicional é exercido através da via processual para garantir direitos.

Ainda sob a espeque doutrinária do professor Fredie Didier⁷, a jurisdição opera em um caso concreto em que é levado a quem exerce o poder jurisdicional e não somente quando houver lide, mas também a outras situações em que não há lide; A jurisdição produz a ultima decisão sobre a situação posta em julgamento, nenhum outro poder poderá controlar essa decisão, senão a própria jurisdição. Por fim, possui a jurisdição capacidade de tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada, ela terá aptidão para formar coisa julgada material, se tornará definitiva com o passar de determinado tempo, lembrando ainda que não apenas haverá jurisdição se houver coisa julgada material, esta não exclui aquela, a jurisdição não depende da coisa julgada material para existir, apesar de ser uma característica exclusiva da jurisdição.

Ademais, observa o autor Luiz Guilherme Marini⁸, que o julgador tem o dever de interpretar o texto normativo de acordo com a constituição e dos direitos fundamentais, deve exercer o controle de constitucionalidade quando necessário à proteção de um direito fundamental sendo um dever na verdade do julgador de promover esse tipo de tutela em relação a um direito fundamental que por ventura esteja sendo violado.

7. DIDIER JR, Fredie. op. cit., p. 89-98.

8. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 143-145.

O breve esclarecimento sobre o que seria jurisdição, servirá de base essencial para outro tópico deste artigo, a verificação da jurisdicionalidade da arbitragem, tema recorrente em trabalhos científicos mas que merece destaque aqui pois ainda há dúvidas e entendimentos diversos sobre o assunto.

4. ARBITRAGEM E ORDEM PÚBLICA

Primeiramente, há a necessidade de se atentar para o que é ordem pública e inicialmente o autor Carlos Carmona⁹ apresentando o livro de Ricardo Aprigliano, traz o conceito apresentado pelo Dicionário Aurélio, em que ordem pública seria o: “conjunto de instituições e preceitos cogentes destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança, a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção”.

Ricardo Aprigliano¹⁰ traz a idéia de que a ordem pública além de ser um conjunto de princípios que evidenciam os valores que uma sociedade busca e que mudam em detrimento do lugar e do tempo estão ligados à aspectos sociais desta sociedade, são normas que refletem ideologias locais e que podem ser expressadas de forma diversa a depender do local. O citado autor afirma que a ordem pública seria em verdade um conjunto de regras que buscam efetivar o princípio geral da ordem pública e que estas regras repre-

9. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. O tratamento das questões de ordem publica no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, apud Novo Dicionário Aurélio.

10. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, op.cit., p.5-13.

sentariam o interesse público, que impedem a disposição em relação a essas normas e como limitador da liberdade de contratar em relação ao direito material, impedindo que as pessoas regulem da forma que bem entender para que não violem normas que representam o interesse público.

As normas de ordem pública procuram dar segurança aos interesses públicos, elas são normas que exercem controle tanto na esfera processual quanto na esfera material, no processo existem normas de ordem pública que ditam como o processo se dará e como ele será admitido, sendo as normas de ordem pública as bases que resguardam o próprio poder de jurisdição, sendo a ordem pública matéria indisponível.

Com relação à arbitragem, esclarece Ricardo Apriiliano¹¹ que a arbitragem se adéqua perfeitamente à ordem pública, primeiramente porque a arbitragem, como meio de solução de conflitos através de processo, por si só, como instituto, não fere às normas de ordem pública uma vez que inserida no ordenamento sob a Lei 9.307/96 que faz referência expressa à ordem pública no sentido de que é possível a arbitragem desde que esta não viole questões de ordem pública e ainda, não é instituída de forma compulsória, precisando da anuência das partes, não restando dúvidas sobre a possibilidade de violação às normas de ordem pública em relação ao instituto da arbitragem.

Em relação às matérias que envolvem a arbitragem, é sabido que só poderão se submeter à arbitra-

11. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, op.cit., p.44-46.

gem, conflitos que dizem respeito à direitos patrimoniais e disponíveis, portanto, nem todas as matérias que estão dentro do conceito de ordem pública serão indisponíveis, o árbitro em verdade será um fiscal das normas de ordem pública, ele não decidirá sobre elas, ele apenas apreciará de forma geral a sua correta aplicação, as normas de ordem pública servem para orientar, portanto, os conflitos que são levados à arbitragem podem envolver questões de ordem pública e que devem ser observados pelos árbitros para que não sejam violadas.

Finalizando o entendimento do citado autor, em relação às normas de ordem pública e arbitragem, traz-se a idéia de ordem pública como conjunto de regras que irão determinar a escolha de procedimentos cabíveis à arbitragem, de direitos que possam ser ali julgados e sobretudo a observância das normas de ordem pública no sentido de evitar qualquer violação a elas dentro de um processo arbitral, sendo que esse controle será feito sobretudo pelo arbitro.

5. JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Não pretende-se aqui escoar o tema, mas apenas descortinar um aspecto de grande relevância para o que se propõe o artigo. Nas certas palavras de Carlos Alberto Carmona:

O art. 31 da lei 9.307/96 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislado optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da ar-

bitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem.¹²

Vê-se uma decisão política aqui, o legislador elevou o status da sentença arbitral, conferindo ao processo de arbitragem maior autonomia e eficácia, tornando o procedimento arbitral um meio de resolução de conflitos mais robusto e condizente com as necessidades atuais.

Existem aqueles que defendem o contrário, que não é jurisdição, pois o árbitro não pode executar suas decisões, porém, contestando tal argumento, segundo Fredie Didier, “executar é uma questão de competência e não de exercer jurisdição ou não.” Ainda em corrente contrária, Luiz Guilherme Marinoni explicita que “não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional”,¹³ entendendo que violaria o princípio do juiz natural, e novamente rebatendo tal argumentação, segundo Fredie Didier, “Juiz Natural é aquele competente nos termos da Lei e a competência do Árbitro é definida em Lei — O Árbitro Natural é aquele instituído livremente pela vontade de Pessoas Capazes.”

Outro argumento contrário à jurisdicionalidade da arbitragem trazido pelo autor Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ está na idéia de imparcialidade, para o referido autor, na arbitragem essa possibilidade não é uma garantia tal qual é em relação à jurisdição estatal, em que o juiz togado é investido no seu poder através de

12. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3. ed. 2009, p.26.

13. MARINONI, Luiz Guilherme, op.cit., p.159.

14. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p.161.

concurso público, além de ter um órgão como o conselho nacional de justiça que controla o exercício dessa função e que a escolha do árbitro traria como consequência a perda de uma série de garantias. Com todo respeito ao autor, tal afirmação não merece prosperar, pelo simples fato de que todos esses mecanismos assecuratórios de imparcialidade do juiz togado não são suficientes para atestar sua imparcialidade, o fato de ser concursado, funcionário do Estado e ter um órgão fiscal, por si só não garante essa imparcialidade. Quanto à arbitragem, em que as partes escolhem um árbitro, primeiro que escolheriam um de sua confiança e em segundo, a parcialidade está diretamente ligada ao caráter do julgador, não importando se ele é um juiz togado ou um árbitro eleito.

Outrossim, o procedimento arbitral não é equivalente jurisdicional, nas palavras de Fredie Didier "...é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício de direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada)."¹⁵

Outro argumento que merece destaque, repousa no objetivo da jurisdição, e quem muito bem explica é o autor Humberto Theodoro Jr: "...dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição de litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social."¹⁶

15. DIDIER JR, Fredie, op.cit., p.106.

16. THEODORO JR, Humberto, op.cit., p.50.

Tomando posse do conceito do objetivo da jurisdição, pode-se dizer que a arbitragem se encaixa nesse conceito, como técnica de resolução de conflitos e que assegura a paz social, garantindo-se o direito fundamental de auto-regramento como dito anteriormente.

Ademais, os princípios fundamentais da jurisdição, não afastam a arbitragem do seu campo, senão vejamos nas palavras de Humberto Theodoro Jr: “O princípio do juiz natural: Só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da constituição...”¹⁷

Como já dito linhas acima, o árbitro tem competência definida em lei, portanto, não fere o princípio do juiz natural. “A jurisdição é improrrogável: os limites do poder jurisdicional... são traçados pela Constituição.”¹⁸

Certamente a arbitragem está em acordo com tal princípio, uma vez que seus limites estão estabelecidos em lei e o árbitro em verdade exerce o interesse do estado e do cidadão, interesse do Estado nesse contexto de promoção da paz social, além do que, se pauta em todos os princípios constitucionais, que norteiam e impulsionam a solução do litígio, “a jurisdição é indeclinável: o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocado...”¹⁹

17. Idem, *Ibidem*, p.51.

18. Idem, *ibidem*, p.51.

19. Idem, *ibidem*, p.51.

Do mesmo modo a arbitragem, uma vez vinculado o órgão arbitral ao litígio ele não poderá excusar-se, assim como não poderá recusar a resolução de um litígio tendo em vista a publicidade que o órgão ou instituição arbitral faz, vinculando-o a sua proposta de solucionar o conflito. Portanto, não pretendendo desafiar o assunto a fundo este artigo, entende-se pelos argumentos apresentados, pela natureza jurisdicional da arbitragem, lastreada em posições sólidas, que abre espaço para o seguinte tópico deste ensaio.

6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ARBITRAL

Aqui tem início a discussão do principal assunto do artigo, tratar da possibilidade do controle de constitucionalidade difuso feito pelo árbitro dentro do procedimento arbitral. Assim como no Brasil, em Portugal o procedimento arbitral também exerce a função jurisdicional, e como bem demonstra o problema do controle, nas palavras de Paula Costa e Silva:

Quando se pergunta se os tribunais arbitrais estão submetidos ao princípio constitucional da constitucionalidade, há dois patamares possíveis de resposta: um ainda formal, outro, substancial. Num plano formal, dir-se-á que o tribunal arbitral é um tribunal, tendo todas as competências que a lei atribui a estes órgãos. Por esta razão e entre nós, esta equiparação dos tribunais arbitrais aos tribunais judiciais determina que o tribunal arbitral terá competência para deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional, assim como terá competência para aplicar norma que a arte argüiu de inconstitucional, declarando a norma conforme à Constituição. Por outro lado, suscitada a inconsti-

tucionalidade de uma norma perante um tribunal arbitral, se esta vier a ser aplicada, estará aberta a via da fiscalização concreta de constitucionalidade pelo tribunal constitucional. O segundo patamar é substancial. Este prende-se com as garantias que as partes devem ter quando submetem um litígio a decisão, ou seja, quando aquele que decide o conflito exerce função jurisdicional, e quando esta decisão produz exactamente os mesmos efeitos que são produzidos por uma decisão judicial. Sendo o controlo de constitucionalidade realizado pelo decisor uma garantia das partes no processo judicial, não há razão que possa excluir esta garantia do procedimento arbitral.²⁰

Seguindo este entendimento doutrinário e sem querer fazer nenhum tipo de estudo comparado, tal doutra se assemelha bastante com os preceitos das normas pátrias, podem-se extrair argumentos que dêem embasamento à possibilidade do controle de constitucionalidade no processo arbitral. O exercício desse controle possibilita a arbitragem uma efetiva concretização do devido processo legal, sendo uma garantia fundamental conferida às partes.

No caso do processo arbitral no Brasil, o árbitro teria que exercer o controle difuso de constitucionalidade, nas palavras de Dirley da Cunha:

À vista desse modelo, o controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal.

20. COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça*. Os meios extrajudiciais de solução de controvérsias. Coimbra, 2011, p.105.

Daí afirmar-se que o controle difuso é um controle incidental. É uma combinação necessária.²¹

Seguindo ainda esta esteira, novamente nas palavras de Dirley da Cunha:

No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses.²²

Resta clara a possibilidade do controle difuso-incidental por parte do árbitro dentro de um processo arbitral. Para trazer mais clareza ao tema, sobre a legitimidade para provocar o controle difuso-incidental de constitucionalidade, assevera o professor supracitado:

Podem provocar a jurisdição constitucional em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade todos aqueles que integram, de qualquer forma, a relação processual... Também pode reconhecê-la o juiz ou tribunal, de ofício, nas causas submetidas à sua apreciação.²³

Neste ponto o professor Dirley traz as palavras do ilustre J. J. Gomes Canotilho que:

Embora os órgãos de controle não possam iniciar, de ofício, um processo de controle de constitucionalidade”, “isso não significa necessariamente que o órgão

21. CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.305.

22. Idem, *ibidem*, p.306.

23. Idem, *Ibidem*, p.308.

de controlo, num processo perante si já levantado, não possa *ex officio* tomar conhecimento e suscitar o incidente da inconstitucionalidade, mesmo quando as partes não o tenham feito.²⁴

Assim, tendo o processo arbitral natureza jurisdicional, é plenamente possível e admissível, tendo inclusive competência o árbitro, suscitar de ofício se for o caso, o incidente de controle de constitucionalidade difuso-incidental. Concluindo tal pensamento, ainda nas palavras do professor retro mencionado: “No Brasil, o controle incidental da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, conquanto difuso e aberto, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa.”²⁵

Outro argumento com o qual poderíamos contar para dar força à afirmativa da possibilidade de controlo difuso de constitucionalidade exercido pelo árbitro no processo arbitral, seria a idéia de “Justiça Constitucional”, nas palavras de J.J Gomes Canotilho:

A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes.²⁶

Seguindo este ritmo, pode-se entender que a arbitragem está inserida nesse complexo de atividade jurídicas, uma vez que possui jurisdicionalidade e além

24. Idem, Ibidem, p. 308, apud J.J. Gomes Canotilho, p.837.

25. Idem, Ibidem, p.309.

26. CANOTILHO, J.J.Gomes, op.cit., p.958-959.

de ser um órgão jurisdicional, apto a resolver conflitos, capaz de proporcionar ao cidadão o contraditório e o devido processo legal, não há nenhum impedimento expresso em qualquer lei que proíba o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo árbitro no processo arbitral, muito pelo contrário, se seguirmos essa tendência de “Justiça Constitucional”, o processo arbitral deverá também ser um baluarte de proteção ao cidadão e sobretudo à Carta Magna.

Ademais, pode-se trazer à baila, a relação anteriormente estabelecida entre ordem pública e arbitragem, que nesse ponto se torna extremamente útil, uma vez que a arbitragem inserida no ordenamento e convivendo em harmonia com as normas de ordem pública, tendo o árbitro o dever de velar pelas normas de ordem pública, não poderia exercer o controle de determinada lei em um caso concreto para resguardar a ordem pública e a sua aplicação? Não se fala aqui em controle de norma de ordem pública, mas sim de velar e resguardar a aplicação correta das normas de ordem pública já que está se resolvendo conflitos ali, está se exercendo poder jurisdicional e que aquela decisão formará coisa julgada material e se seguir este entendimento e relação, pode-se afirmar que seria possível sim o árbitro exercer o controle difuso de constitucionalidade como forma de garantir a ordem pública.

Assim, o processo arbitral tendo jurisdicionalidade, competência para julgar a causa, tendo sua sentença força de título judicial, não há porque excluir a arbitragem e entender de forma contrária a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade difuso pelo árbitro, prerrogativa essencial para o desempenho de sua função de julgar e proteger a Constituição Federal.

Essa possibilidade de controle torna a sentença e o procedimento arbitral mais robusto, mais seguro, elimina dúvidas e o concretiza como um procedimento válido, eficaz e seguro, sobretudo. Trazendo tal prerrogativa para o árbitro, tornará o processo arbitral mais célere e com mais autonomia, não necessitando recorrer ao judiciário.

7. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO

Uma questão que surge nesse momento é possibilidade da violação ao princípio da reserva de plenário, que decorre do Art. 97 da Constituição Federal que dispõe o seguinte: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

A cláusula de reserva de plenário diz que nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal, tem competência para exercer o controle de constitucionalidade de uma norma.

De antemão, consideramos aqui a idéia de um tribunal arbitral, e não a noção de um árbitro singular, pois ai não se aplicaria a cláusula de reserva de plenário uma vez que como o próprio nome já nos diz, é apenas um único membro que estará julgando, assim como, não se aplica ao juiz togado de primeiro grau por exemplo.

Assim, se dentro de um tribunal arbitral, se somente um de seus membros ou uma quantidade de membros inferior à maioria absoluta do plenário, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, por

força desse artigo, não poderá ocorrer, somente sendo possível a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo plenário.

No entanto, com intuito de evitar que os órgãos “driblassem” tal preceito, em ocasiões de impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o órgão apenas deixava de aplicar aquela norma, declarando sua inconstitucionalidade de forma enviesada, e por isso foi editada a Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte: “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.”

Deste modo, para que um órgão arbitral declare a inconstitucionalidade de uma norma, ele deve estar atento ao art.97, pois tal artigo, assim como a súmula, procura assegurar a eficácia de normas públicas e garantir que o uso da prerrogativa que possuem os tribunais arbitrais, de declarar uma norma inconstitucional, seja utilizado com parcimônia e profundo conhecimento sobre a questão.

Destarte, o controle de constitucionalidade difuso, se dá por meio do incidente de inconstitucionalidade, e nas palavras de Falconi, Francisco²⁷:

O procedimento desse incidente é regido pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil:

27. FALCONI, Francisco. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/about/>>, 2013.

a) Em qualquer tribunal, o incidente pode ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público e pelos próprios membros da turma ou câmara.

b) Diante da questão constitucional suscitada, órgão fracionário menor deve decidir se admite ou não o incidente, verificando se a argüição de inconstitucionalidade reveste-se de plausibilidade. Se o incidente é infundado, por ser a lei constitucional, segue-se no julgamento da causa, aplicando-se o direito à espécie. Se for reconhecido que a argüição de inconstitucionalidade é plausível, o órgão fracionário menor lavrará acórdão admitindo o incidente e encaminhará o tema para a apreciação do órgão fracionário maior.

c) No âmbito do Plenário ou Corte Especial, será apreciada, mediante voto da maioria absoluta dos membros do colegiado, a compatibilidade da norma em face do ordenamento constitucional (art. 481 do CPC). Em face da decisão do órgão fracionário maior acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não cabe recurso extraordinário ou (Súmula 513 do STF).

d) Após o julgamento do incidente, o órgão fracionário menor voltará a examinar a causa, sendo obrigado a seguir o entendimento fixado pelo pleno ou pelo órgão especial, no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Da decisão da câmara ou turma que completa o julgamento da causa cabe recurso extraordinário, devendo a parte sucumbente juntar ao recurso a cópia da decisão do incidente.

Portanto, tal regra também se aplicaria a um tribunal arbitral, dando mais coerência e concisão a decisões relativas ao controle de constitucionalidade praticado pela instituição quando submetidos ao seu pleno, trazendo maior segurança jurídica aos seus atos e im-

pedindo abusos e excessos, tendo sim que respeitar tal cláusula de proibição à violação à reserva de plenário quando se tratar de um tribunal ou órgão colegiado.

8. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Outra problemática que surge, é na hipótese de, em vindo sentença arbitral proferida no exterior, em que seus efeitos ocorrerão no Brasil, existir a possibilidade do controle de constitucionalidade dessa sentença. Até que ponto pode-se interferir na legislação de outro país e até que ponto aquela legislação pode gerar seus efeitos através de uma sentença arbitral no Brasil sem macular nenhum preceito constitucional pátrio, e ainda que haja alguma mácula, como se dará o controle.

Quem muito bem aborda a temática, e em suas palavras, Paula Costa e Silva:

O que vai estar em causa é saber se um órgão extraterritorial, por referência ao Estado cuja Constituição está a ser salvaguardada, tem competência para: a) Conhecer da constitucionalidade do direito que aplica (sistema de competências difusa); b) Suscitar directamente o conhecimento desta questão ao órgão com competência para o contencioso de constitucionalidade (sistema do reenvio constitucional).²⁸

Ainda nas palavras de Paula Costa e Silva:

... o processo arbitral, que culmina com uma decisão equiparada a uma decisão judicial, não deve oferecer menores garantias às partes em conflito.

28. COSTA E SILVA, Paula, op. cit., p.108.

A possibilidade de um tribunal deixar de aplicar uma norma que considera inconstitucional, à luz das coordenadas constitucionais do ordenamento *ad quem*, é uma garantia das próprias partes, inviabilizadora da criação de um terceiro ordenamento intermediário: para além do ordenamento de foro e do ordenamento *lex causae*, haveria que contar com o ordenamento *lex causae* tal como construído por aplicação jurisprudencial no estrangeiro porque aí expurgado de controlos de constitucionalidade que são reconhecidos no Estado *ad quem*.²⁹

Nesse sentido, sabe-se que não é possível que um árbitro, no Brasil, exerça o controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira, uma vez que ele não é competente para tal, sendo competente para homologação de sentenças dessa natureza é o Superior Tribunal de Justiça que deve conformar as normas ao que a Constituição pátria diz, salvaguardando os interesses constitucionais locais, tendo plena competência para o exercício do controle de constitucionalidade difuso se suscitado pelas partes ou de ofício.

No entendimento da autora Paula Costa e Silva:

A circunstância de entendermos ser de admitir o controle de constitucionalidade pelo tribunal do foro de direito estrangeiro por confronto com os parâmetros constitucionais do Estado *ad quem* não significa que se esteja defendendo uma transposição do sistema de controlo de constitucionalidade do Estado do foro para a resolução deste dilema. Inversamente, e num integral respeito do ordenamento estrangeiro cuja aplicação está em causa, haverá que tomar em

29. COSTA E SILVA, Paula. op. cit., p.108.

consideração o regime de controle de constitucionalidade desse sistema, ou seja, haverá que atender às coordenadas do sistema de controle de constitucionalidade em que se insere a norma que o tribunal arbitral entende aplicável.³⁰

Consubstanciando ainda o assunto, Paula Costa e Silva, explica que:

Dir-se-á que a solução proposta leva a uma extensão das competências do controle constitucionalidade para além dos limites do território de quem promana a regra, cuja constitucionalidade é posta em causa, numa espécie de violação implícita do princípio da territorialidade e da não intervenção em zona de jurisdição de terceiro: a decisão produzirá efeitos jurídicos em Estado diverso do Estado de origem sem que este pudesse deixar de a considerar nesta sua qualidade.³¹

Levar-se-á em consideração, portanto, o efeito que a sentença arbitral produzirá em determinado território, sendo que tal efeito deriva de um processo arbitral em que, por exemplo, tenha se pautado no direito de outro país, e que tal efeito, que surge de um direito estrangeiro, pode vir a ser considerada inconstitucional aquela norma por ferir algum preceito constitucional pátrio ou normas de ordem pública e nem por isso estará se usurpando a competência constitucional de outra nação, uma vez que somente aquela norma no caso concreto, naquele procedimento, tenha sido declarada inconstitucional e afastada a sua incidência pela inconstitucionalidade pela via difusa.

30. Idem, *ibidem*, p.109.

31. Idem, *ibidem*, p.110.

Ademais, cita-se aqui o autor outrora citado, Ricardo Aprigliano³², que sentença arbitral estrangeira deverá observar normas de ordem pública internacional, influenciadas por princípios comerciais internacionais, havendo portanto, um controle sobre decisões do exterior que serão aplicadas no Brasil, que de algum forma, possam além de violar normas de ordem pública internacional, podem violar normas de ordem públicas internas, como já dito anteriormente. Contudo, a sentença arbitral estrangeira deverá ser homologada para produzir seus efeitos em território nacional e uma das formas de declará-las inconstitucional, é a violação à normas de ordem pública.

Assim, o tribunal estará exercendo seu dever de proteger a constituição e os direitos das partes que submeteram seu conflito à arbitragem, não havendo que se falar em interferência na jurisdição de outro Estado, mas apenas de adequação às normas de ordem públicas internacionais e nacionais do local onde surtirá efeitos daquela sentença que foi fruto de um procedimento arbitral utilizando o direito de outro país ou produzida em outro país.

9. CONCLUSÃO

Este artigo se utilizou de certas premissas teóricas para a partir delas, traçar uma linha de pensamento que por vezes se tornou explícita durante a escrita e que aqui agora vem-se reforçar, no sentido de que entende-se sim pela possibilidade de controle de constitucionalidade por via incidental a ser exercido pelo árbitro em um processo arbitral.

32. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, op. cit., p.51-52.

A necessidade de trazer certos conceitos foram essenciais para se chegar à conclusão que aqui expõe-se, sem passar pela conceituação de jurisdição, controle de constitucionalidade difuso e jurisdicionalidade da arbitragem, estar-se-ia olvidando de parte crucial para o entendimento do tema e afirmação deste.

A partir dessas premissas, foi se fazendo um panorama que demonstrou que a arbitragem definitivamente está inserido, qual seja: a jurisdição. Demonstrou-se que não é mero equivalente jurisdicional, tendo sim jurisdicionalidade própria, não podendo ser considerada mero equivalente jurisdicional, principalmente pela idéia de que o legislador optou por elevar a sentença arbitral ao mesmo nível da sentença judicial. Outrossim, a arbitragem não fere nenhum princípio jurisdicional e se adequa às suas características, não sendo portanto, a opção mais acertada em tirar o status de jurisdicionalidade da arbitragem.

Outro ponto em que se buscou falar neste artigo, foi a questão das normas de ordem pública relacionado com a arbitragem, demonstrou-se que a arbitragem não fere em nenhum momento a ordem pública e muito mais do que isso, é meio através do qual é possível se utilizar do devido processo legal para a resolução de um conflito, através de um processo, um árbitro julgará a demanda que formará coisa julgada, elemento de pacificação social e efetivação de normas de ordem pública que apesar de não poderem fazer parte do mérito de um processo arbitral, atuam de forma oblíqua trazendo garantias às partes.

Utilizou-se do argumento de justiça constitucional apresentado por Canotilho, que seria o conjunto

de atividade jurídicas desenvolvidas por órgãos jurisdicionais com o intuito e o dever de fiscalizar o cumprimento de princípios e normas constitucionais, e a partir daí disse-se que a arbitragem estaria sim dentro desse complexo, o que justificaria o exercício do controle de constitucionalidade difuso pelo árbitro no processo arbitral.

Portanto, assegurou-se o trabalho de tratar de premissas básicas para chegar-se à conclusão de que é possível o árbitro, dentro do processo arbitral, exercer o controle difuso de constitucionalidade de forma concreta em um conflito ali trazido pelas partes, a observância da Constituição é dever do árbitro e das partes, a sua adequação ao caso concreto é essencial para se assegurar direitos fundamentais e além de tudo, ser mais um baluarte de proteção à ofensas à constituição uma vez que aquele julgamento irá se cristalizar em coisa julgada material.

Capítulo IV

A imunidade parlamentar e a (im)possibilidade de restrição

Hannah Abram Santos

Acadêmica de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: hannahazu@gmail.com

A imunidade parlamentar e a (im)possibilidade de restrição

Resumo: O presente estudo cuida da análise do instituto jurídico da Imunidade Parlamentar, tutelada na Constituição Federal Vigente. Questionar-se-á se o referido instituto necessita de uma maior delimitação para alcançar seus objetivos e quais seriam essas limitações, compatível com a presente análise, propondo ou não a restrição à Imunidade Parlamentar.

Palavras-chaves: Imunidade Parlamentar. Restrição. Direitos Fundamentais.

Sumário: 1. Introdução — 2. Escorço histórico da imunidade parlamentar: 2.1. No Brasil; 2.2. Na Constituição Federal de 1988; 2.3. Em países alienígenas — 3. Direitos Fundamentais: 3.1. Liberdade de expressão — 4. Sobre a Imunidade Parlamentar: 4.1. Imunidade Formal; 4.2. Imunidade Material; 4.3. Sobre a necessidade de Imunidade parlamentar; 4.4. Entendimento Jurisprudencial — 5. Abusos da Imunidade Parlamentar e a (Im)possibilidade de Restrição — 6. Considerações Finais — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa o instituto jurídico da imunidade parlamentar, de forma a questionar a possibilidade de restrição à referida imunidade, visando uma maior contemplação dos objetos democráticos e

sua efetivação. Dessa forma, se averiguada a necessidade de uma maior restrição, quais seriam seus limites e como se dariam eles, de modo que os princípios e direitos fundamentais sejam por ele abarcados.

Para tanto, é feita uma análise acerca do histórico do supramencionado instituto no mundo, no Brasil e, em especial, na atual Carta Política, além de países alienígenas, tais como os Estados Unidos da América, Espanha e Portugal. Dessa forma, verifica-se a origem da Imunidade Parlamentar, quais foram seus embriões e quais são seus fundamentos trazidos pela História.

Mais tarde, passa-se a verificar a compatibilização da Imunidade Parlamentar com os Direitos Fundamentais, e em especial, com a liberdade de expressão, tutelada no artigo 5º da Constituição Federal Vigente, de forma a se analisar se há choques com o supracitado Direito.

Posteriormente, é feita uma análise em torno do instituto jurídico e suas divisões de formalidade e materialidade, identificando seus fundamentos e limitações, de forma a verificar ou não a necessidade de restrição ao instituto das imunidades parlamentares. Para tornar mais simplificado a constatação, o presente estudo é contemplado com julgados que mostram o caminho que a jurisprudência tem tomado sobre a matéria das imunidades parlamentares, em especial, sobre a seção material dela, de modo que se identifique a necessidade ou não de restrição.

Por fim, é indagado sobre como se mostra as prerrogativas dos parlamentares quando se é constatado o abuso delas e de que forma esse abuso é interpre-

tado tendo em vista as próprias imunidades em questão. Desse modo, analisa-se, finalmente, a viabilidade de maior delimitação do instituto das imunidades para coibir eventuais abusos das prerrogativas que possam ocorrer.

2. ESCORÇO HISTÓRICO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

De acordo com a História, a imunidade parlamentar teve seu surgimento na Antiguidade. Sua primeira aparição se deu na democracia direta ateniense, quando os cidadãos se reuniam em assembleia, a *Ecclesia*, para discutir e votar leis, e o orador, ao usar a palavra, tinha envolvida a sua cabeça por uma coroa de mirtos, símbolo que, a partir daquele instante, tornava-o inviolável¹.

Em Roma, os tribunos e seus auxiliares, os *edils*, para o bom exercício de suas atribuições, recebiam do povo romano a *sacrosancta*, que assim como a coroa ateniense, passava a ser inviolável as suas palavras. Para se tornar irrevogável, foi santificada com juramento, *lês sacrata*. Entretanto, as feições mais modernas do instituto jurídico das imunidades parlamentares brotaram no Medievo².

Posteriormente, o primeiro reconhecimento do embrião do referido instituto, a liberdade de expressão parlamentar ou *freedom of speech*, apareceu no afamado caso Haxey, que de forma simplificada, apre-

1. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 409.

2. *Idem*.

sentou à Câmara dos Comuns a petição de queixas em que propunha a redução de despesas da Casa Real. A Câmara dos Comuns acatou a petição e a aprovou, ao que o Rei da época, Ricardo II, reagiu fervorosamente, exigindo a prisão do autor da petição e os Lords declararam Haxey traidor. Mais tarde, quando o Henrique IV ascendeu o trono, o julgamento, a pedido da supracitada Câmara, foi anulado, pois se tratava de um atentado à liberdade do Parlamento³.

O ano de 1541 marcou o início do hábito de o Presidente da Câmara dos Comuns, o chamado *Speaker*, no início da sessão, incluir a liberdade da palavra entre os antigos e irrefutáveis direitos que os comuns exigiam do Rei. Essa prática marcava o avanço do embrionário instituto de *freedom of speech*.

A posteriori, com a revolução Francesa e com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1689, em seu artigo 9º, rezava que “a liberdade de expressão e debates ou atos no Parlamento, não podem ser denunciados ou impugnados em qualquer tribunal, ou outro lugar fora do Parlamento”. De alguma forma, com esta previsão, as cisões entre o Parlamento e o Rei acabavam por se extinguir⁴.

Somente mais tarde, na Constituição Francesa de 1791, que se trouxeram positivados os institutos que imunizavam as palavras dos parlamentares. Em seu título III, Sessão 5, art. 7º divulgava que “os representantes da nação são invioláveis, não podendo ser processa-

3. *Ibidem*. p. 410.

4. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 411.

dos, acusados, nem julgados, em tempo algum, pelo que tiverem proferidos, escrito ou praticado no exercício de suas funções”. Daí em seguida, as Constituições em geral, dos regimes autoritários aos mais democráticos acolheram as imunidades parlamentares em seus textos⁵.

A Terra Inglesa foi, ainda, pioneira no que concerne ao *freedom from arrest*, precursor do que viria a ser a imunidade formal do instituto jurídico da imunidade parlamentar. Com essa nova aquisição, o Parlamento ganhava sua independência, e por assim dizer, consolidava a tripartição dos poderes, antes dissertada por Montesquieu.

Adiante, Alcino Pinto Falcão explica que a jurisprudência e a Doutrina norte-americanas, historicamente, se pacificaram no sentido da *freedom from arrest* ser impeditiva de prisão somente em procedimentos cíveis. Por sua vez, o sentido do *freedom of speech*, considerava que o privilégio pertencia à Casa Legislativa, a qual se encarregava de defendê-lo através de uma instituída comissão parlamentar de inquérito.

Percebia-se, então, que os ventos do referido instituto passou a correr, não mais unicamente pela Europa, mas também por novos ares, aqui, o americano. No que concernia à abrangência do mencionado instituto, sua origem histórica, somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões eram abarcadas, inclusive se o pronunciamento fosse considerado danoso e perigoso à segurança do Estado⁶.

5. Ibidem. p. 412.

6. MORAIS, Alexandre de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. Imunidades Parlamentares. p. 48.

2.1. No Brasil

No que tange o instituto jurídico da imunidade parlamentar no Brasil, é sabido que a tutela constitucional à liberdade de expressão no exercício do mandato parlamentar constitui tradição em nosso sistema.

A Constituição de 1824 trouxe em seu artigo 26º “a plena inviolabilidade dos membros das Câmaras integrantes da Assembleia Geral, pelas opiniões que proferissem no exercício de suas funções”. José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente e também grande Constitucionalista do Império, explicava que a inviolabilidade dos representantes do Estado quanto às opiniões que proferissem na atividade parlamentar é um atributo, condição essencial e inseparável da existência das casas legislativas, é um princípio de alto interesse coletivo que anima a liberdades das discussões, é a independência da tribuna, o dogma constitucional, a soberania do poder legislativo⁷.

Posteriormente, todas as Constituições Brasileiras, a partir da outorgada no Império, asseguravam taxativamente a inviolabilidade ao exercício do mandato.

A Carta de 1891, promulgada, trazia a previsão do instituto jurídico da imunidade material e formal. De acordo com ela, os parlamentares eram invioláveis por suas opiniões e votos, e ainda havia a previsão de que não poderiam ser presos ou processados criminalmente sem uma anterior licença da Casa de origem, salvo se em

7. MARINHO, Alexandre Araripe; PINHEIRO, Maria Helena Côrtes. Sobre o Alcance da Imunidade Parlamentar Material. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 1998. p. 47.

flagrante delito inafiançável. Entretanto, a Constituição de 1891 inovou com a possibilidade de o parlamentar acusado poder renunciar à sua imunidade processual, caso fizesse a opção de ser julgado por imediato.

Art 19 – Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

Art 20 – Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

A promulgação da Nova Carta Magna, de 1934, reproduzia o mesmo texto da Constituição anterior sobre as imunidades parlamentares, acrescentando somente que esse instituto jurídico também se estenderia ao suplente imediato do parlamentar e a única exceção para o referido instituto seria que em tempos de guerra os deputados, sendo eles civis ou militares incorporados às Forças Armadas se sujeitariam às leis e obrigações militares, como rezavam os artigos 31 e 32:

Art 31 – Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato.

Art 32 – Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

§ 1º – A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos Deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ela resolva sobre a sua legitimidade e conveniência e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2º – Em tempo de guerra, os Deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Câmara dos Deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares.

Em meio ao conturbado período em que se vivia no Brasil, a Carta de 1934 teve curta duração, tendo fim em 1937, quando fora outorgada a nova Constituição Brasileira. Fruto de um golpe aplicado pela ditadura do Estado Novo, o Poder Legislativo da época mal funcionou, sendo constantemente limitada pelos decretos-leis presidenciais. Em função disso, o instituto jurídico das imunidades materiais dos parlamentares foi quase completamente suprimido, haja vista que pouca ou quase nenhuma garantia era oferecida aos parlamentares.

Mesmo havendo a positivação do referido instituto, admitiram-se os parlamentares serem responsabilizados, tanto civil quanto penalmente, pelos delitos da palavra, calúnia, difamação injúria, ultraje à moral pública, além de provocação pública ao crime, havendo a possibilidade de que se declarasse vago o lugar do parlamentar que cometessem os crimes anteriormente citados⁸.

Dessa forma, a Carta de 1937 representou um retrocesso à autonomia dos congressistas no Parla-

8. Idem, p. 22.

mento, além de configurar uma quebra no modelo de tripartição do poder.

A Constituição que sucedeu a Carta de 1937 se mostrou como uma tentativa de retomar o modelo democrático, tentando apagar os resquícios autoritários da anterior e inovando também com a proteção aos direitos individuais, de forte ideologia liberal. Nesses moldes, reavia as prerrogativas parlamentares, tanto no quesito formal, quanto no material, como pregava seus artigos 44, 45 e 46^o:

Art 44 – Os Deputados e os Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

Art 45 – Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 1^o – No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2^o A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

Art 46 – Os Deputados e Senadores, quer civis, quer militares não poderão ser incorporados às forças armadas senão em tempo de guerra e mediante licença de sua Câmara, ficando então sujeitos à legislação militar.

9. Idem, p. 23.

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1946, discorre que a opção pela proteção à imunidade material mostrou-se imprescindível e não ofende os princípios da democracia e igualdade, muito pelo contrário, ela serve à eles. O supramencionado diz ser necessário saber onde ele inicia e até onde ele vai. Só se referiria no exercício do mandato, discursos no recinto, pareceres e votos proferidos no edifício do corpo legislativo ou nas sessões conjuntas, opiniões emitidas no desempenho de comissões das câmaras, discursos feitos das sacadas ou à porta do ambiente parlamentar.

Pontes de Miranda menciona que se o discurso foi publicado em folheto, ou se foi em qualquer trabalho parlamentar, não podem ser vedadas a exposição e a distribuição. Portanto, seria susceptível de aplicação pena a publicação de discurso que não foi dito, ou no trabalho que não foi apresentado à câmara qualquer das comissões ou em desempenho de função mista. De forma singela, o supracitado autor acabava por traçar limites à imunidade parlamentar da Constituição de 1946¹⁰.

A Carta Constitucional de 1967 reproduziu as normas da Carta Constitucional anterior, todavia a Emenda Constitucional n° 1 de 1969 modificou em diversos aspectos o instituto em questão¹¹, como pode ser visto em seu art. 32¹²:

10. MARINHO, Alexandre Araripe; PINHEIRO, Maria Helena Côrtes. Sobre o Alcance da Imunidade Parlamentar Material. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 1998. p. 49-50.

11. Idem. p. 47.

12. SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade Parlamentar à Luz da Constituição Federal de 1988*. p. 28. 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2012.

A IMUNIDADE PARLAMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO

Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.

§ 1º Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante crime comum ou perturbação da ordem pública.

§ 2º Nos crimes comuns, os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o STF.

§ 3º A incorporação, às forças armadas, de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 4º As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, o convite judicial.

Novamente, com a alteração da referida Emenda Constitucional, o Brasil retrocedia ao que tangia o instituto das imunidades. O parlamentar, tendo esse direito que fora conquistado extremamente limitado, reduzia o dinamismo da política, de modo que a ditadura se tornasse mais efetiva e radical.

2.2. Na Constituição Federal de 1988

Na nossa Carta Constitucional Atual a proteção às palavras, opiniões e votos dos parlamentares foi prevista expressamente, de modo que se apagassem os resíduos deixados pela Ditadura que antecedeu a nossa atual Carta Magna.

Atualmente, a previsão à essa proteção se encontra no artigo 53 da Constituição Federal, cujo

texto foi modificado pela Emenda Constitucional nº 35 de 2001, que, diante do descrédito da população na Política Brasileira, visou coibir situações novas, igualmente indesejáveis¹³.

A referida emenda trouxe inovações ao instituto jurídico das imunidades parlamentares, tendo vista que antes dela fazia-se necessário a prévia licença da Casa Legislativa para dar-se início ao processo criminal contra seus membros. A partir da sua vigência, os autos deverão ser remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão, como reza a emenda nº 35¹⁴.

Faz-se necessário a explicação de que a inviolabilidade, ou a imunidade material, que será abordada alhures, de acordo com a nossa Constituição Atual, abrange os parlamentares federais, de acordo com o art. 53º, *caput*, os deputados estaduais, consoante art. 53º, §1º, e em relação aos vereadores, a Carta Magna reza que a inviolabilidade das suas opiniões, palavras e votos se darão no exercício do mandato e na circunscrição do Município, conforme o artigo 29, inciso VIII, forma mais limitada que os anteriores.

Entretanto, sobre a inviolabilidade atribuída aos vereadores, doutrinadores como Hely Lopes Meirelles afirmam ser necessário o nexos de causalidade sobre

-
13. SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade Parlamentar à Luz da Constituição Federal de 1988*. p. 28. 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=1>. Acesso: 11 maio 2012.
14. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 415- 416.

a imunidade, permitindo, então, que suas opiniões, palavras e votos fora do Município de origem, mas desde que atreladas à função seja acobertadas pela imunidade material¹⁵.

2.3. Em Países Alienígenas

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos da América, escrita em 1787 e ratificada em 1788, a imunidade material só protege as palavras e votos proferidos na Casa Legislativa, não se estendendo se feitos fora desse ambiente, protegendo os parlamentares por meio da Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁶.

Entretanto, tal proteção, o *freedom from arrest*, só abrange os processos civis e não os processos penais, como acontece em nossa Constituição.

A imunidade parlamentar norte-americana é consagrada pela Constituição de 1787, “Article 1, Section 6”, *in verbis*:

Os Senadores e Representantes receberão uma compensação por seus serviços, a ser estabelecida por lei e paga pela Tesouraria dos Estados Unidos. Eles irão, em todos os casos, exceto traição, felonía e violação da paz, ter o privilégio de prisão durante a sua participação nas Sessões de suas respectivas casas, e para ir e voltar do mesmo, e para qualquer dis-

15 cf. *Direito Municipal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

16. SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade Parlamentar à Luz da Constituição Federal de 1988*. p. 42. 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=1>. Acesso: 11 maio 2012.

curso ou debate em qualquer casa, e não devem ser questionados em qualquer outro lugar.¹⁷

Como é cediço, o ordenamento norte-americano traduz-se pelo *Common Law*, sendo, portanto, papel da jurisprudência solidificar os termos presentes na Constituição. No caso *Gravel Vs. United States*, a importância do instituto da imunidade parlamentar pode ser vista com clareza no relatório final ao declarar que o discurso e a cláusula de debate foram designadas para garantir uma linha de igualdade ampla e liberdade do governo em seus debates, discursos, deliberações sem qualquer intimidação ou ameaças ao poder Executivo. A referida imunidade, portanto, protege membros contra processos que diretamente incidiriam no processo legislativo¹⁸.

Caminhando nesta mesma linha de proteção, a Carta Portuguesa de 1976, consagra a imunidade parlamentar em seu artigo 157º, indicando que os Deputados não respondem civil, criminalmente ou, ainda, disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício de suas funções.

Também destaca a Constituição de Portugal que os Deputados não podem ser ouvidos como testemunhas, nem arguidos sem autorização da assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização.

Se houver fortes indícios de prática de crime doloso será obrigatória a oitiva ou se a punição do tipo

17. <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec6>. Acesso em: 11 maio 2012. Tradução livre.

18. Caso *Gravel Vs. United States* (408 U.S. 606 – 1972). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/606/case.html>>. Acesso em: 24 maio 2013.

penal for superior a três anos, como destaca a parte “2” do referido artigo.

Ao ser movido um processo criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a assembleia será responsável por decidir se este Deputado será suspenso para seguimento de processo.

O artigo ainda reza que será obrigatória a suspensão caso o crime do tipo se tratar de modalidade dolosa ou se a pena máxima for superior a 03 anos.

A Constituição Espanhola de 1978 segue o mesmo objetivo protetivo e consagra em seu artigo 71 o instituto jurídico das imunidades parlamentares, que segundo o supradito artigo visa o proteger o livre debate e os argumentos de contraste. Esse debate exige uma irresponsabilidade legal (na Constituição Brasileira equivaleria à imunidade material) máximo absoluto, não apenas política, por suas opiniões, declarações e votos¹⁹.

Esse pensamento foi reafirmado pelo Senado do Tribunal Constitucional, na decisão STC 51/1985. Estendendo esse pensamento, com nova decisão STC 243/1988, foi explanado que:

A inviolabilidade é um privilégio de natureza substantiva que garante irresponsabilidade legal de parlamentares para as opiniões expressas no exercício das suas funções, definidas como aqueles envolvidos em atos do parlamento e dentro de qualquer uma das articulações do Parlamento ou, excepcio-

19. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=71&tipo=2>>. Acesso em: 11 maio 2013.

nalmente, em atos fora da vida das câmaras, que são a reprodução literal de um ato parlamentar, sendo, finalmente específica de garantir o privilégio através da liberdade de expressão dos parlamentares, a livre formação da vontade do órgão legislativo a que pertencem. (STC 243/1988).²⁰

Há, ainda, uma outra peculiaridade à respeito da Imunidade Parlamentar Espanhola, se referindo à esfera subjetiva do artigo 71.1 que se trata apenas aos deputados e senadores, não permitindo a analogia à outros deputados, como por exemplo os autônomos²¹.

O artigo ainda menciona que nem todas as opiniões ou declarações de um deputado ou senador será protegido pelo instituto da inviolabilidade, mas aquelas que é expressa no exercício de suas funções. Outro aspecto que o artigo disserta corresponde à inviolabilidade ter um alcance temporal ilimitado, não podendo nem durante ou depois ser processado por qualquer ação. Sendo inclusive classificada como um alcance temporal indiscutível.

Essa prerrogativa é entendida como uma subtração ou isenção ao direito comum conectada ao exercício de uma função a respeito de que a opera com um caráter instrumental e a sua desnaturalização implicaria na desconexão com a função cuja garantia se estabeleceu²².

O autor espanhol, García Lopes, entretanto, tem afirmado que a imunidade parlamentar é um insti-

20. Idem.

21. Idem.

22. LOPES, Ana Maria D`Avila; TIRADO, José Antonio. *A Imunidade dos Parlamentares na Espanha*. p. 8.

tuto que se encontra em crise, não somente pelo uso abusivo de que têm sido objeto, mas pelo questionamento dos pressupostos que a originaram. Atualmente, a previsão constitucional dessa prerrogativa exige que se faça mais indagações à respeito da mesma, do seu conteúdo e sobre como deve ser feita a sua aplicação, respeitando juntamente valores outros e direitos, já anteriormente reconhecidos pela Constituição²³.

A Espanha atual é palco de debates polêmicos no âmbito do Direito Constitucional. E pelos novos julgados, o entendimento jurisprudencial está trazendo novos direcionamentos para este instituto.

Ao ser questionado sobre a imunidade formal ou processual, o Tribunal Espanhol, seguindo o que fora disposto pela Promotoria-Geral (Ministério Fiscal), analisou, em primeiro lugar, se essa prerrogativa protegeria os parlamentares em relação a qualquer opinião que emitam e a respeito disso, com base no artigo 71.1 da Carta Espanhola, o tribunal pronunciou-se de forma acanhada e considerando apenas protegidas as declarações ou opiniões que não forem “expressão claramente insultantes”. Ao pronunciar-se desta forma, o Egrégio Tribunal criou um novo problema: determinação de quando uma expressão seria considerada estritamente ofensiva, deixando essa tarefa para a jurisprudência espanhola.

Em segundo lugar, o Tribunal Espanhol analisou se essa proteção restringiria às opiniões proferidas no exercício no período do mandato do parlamentar ou a qualquer atuação, mesmo que fora de sua função.

23. *Ibidem*, p. 9.

Nesse aspecto, o Tribunal optou por uma interpretação restritiva do alcance da prerrogativa, seguindo a interpretação majoritária na Doutrina Espanhola e mesmo na comparada, estabelecendo que as opiniões que seriam protegidas pela imunidade material serão aquelas formuladas no exercício específico de suas funções²⁴.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é possível prosseguir à análise dos institutos jurídicos da imunidade parlamentar, sem ao menos tratar de alguns Direitos Fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Não é concebível que não se discuta alguns desses Direitos Fundamentais, que eventualmente podem vir a colidir com a não restrição da palavra, opiniões e votos protegidos pela imunidade parlamentar. Essa colisão é palco de grandes discussões sobre até onde vai a imunidade parlamentar, se acobertaria crimes, como o de racismo e homofobia, se pode vir a ferir a religião de outrem, etc.

Primeiramente, é necessário o entendimento de que Direitos Fundamentais são opções políticas do Estado, correspondendo àquelas tutelas indispensáveis ao bem estar do cidadão. Pode ser, então, que um direito fundamental venha ser desprezado em função de outro em uma determinada circunstância fática. Eles apresentam características que lhe são peculiares. São históricos, definidos a partir de uma conjuntura histórico-político-econômica; são inalienáveis, não podendo ser susceptíveis de transmissão ou de desprezo; são

24. *Ibidem*, p. 12.

imprescritíveis já que o não exercício não acarreta em sua extinção, podendo ser exercido a qualquer tempo; e são relativos, aplicados por eficácia horizontal, em que não há uma hierarquia normativa, mas podendo haver hierarquia axiológica diante de um caso concreto.

De acordo com Robert Alexy, as colisões entre princípios, e nesse caso, de Direitos Fundamentais, devem ser solucionadas de forma diversa, com a cedência de determinado princípio em função de outro. Desse modo, a técnica do sopesamento deve ser utilizada de modo que se imponha menor grau de sacrifício à Direito Fundamental²⁵.

3.1. Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. Esse direito é consagrado no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Brasileira Atual, de modo direto, que diz ser “livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anônimo”. Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamento, de ideias, de informações e de expressões não verbais. No direito de expressão, cabe, segundo visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar. O grau de proteção a cada uma delas pode variar, mas, de alguma forma, estão amparadas por Lei²⁶.

25. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. p. 93.

26. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 298-299.

A liberdade de expressão é entendida, como indicam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, um corolário da dignidade humana. Ela é enaltecida como um instrumento necessário para o bom funcionamento do sistema democrático, haja vista que a pluralidade de opiniões é vital para a formação da vontade livre. Também assinala os supracitados constitucionalistas que a liberdade de criticar os governantes é um meio fundamental para o controle da atividade política, que cada vez mais se mostra mais interesseira e egoísta²⁷. É importante ressaltar que é esse um dos mais fortes argumentos que fundamentam o instituto das imunidades parlamentares, além de querer ao máximo o efetivo exercício da democracia, acompanhado do seu dinamismo.

É de suma importância a ciência de que a liberdade de expressão não abrange a violência. Ulrich Karpen diz que “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumento racional ou emocional ou por meras assertivas”²⁸. A liberdade em questão encontra limites previstos pelo próprio constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*²⁹.

Entretanto, como indica os constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, o constituinte brasileiro, no art. 220 da Carta Magna, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação,

27. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 299

28. KARPEN. *Freedom of expression*, p. 93.

29. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 306.

expressão e informação, prevê que será admitida a interferência legislativa para coibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e para que assegure todos os direitos à informação³⁰. Dessa forma é notável que há uma restrição, não sendo cabível o argumento de uma existência de uma liberdade de expressão ilimitada.

Outro limite à liberdade em questão, descoberto pela jurisprudência americana e difundida pelo globo, concerne a mensagens que provocam reações violentas de quebra de ordem. Tais expressões estão excluídas dos limites internos desse direito³¹.

Por outro lado, o discurso de ódio não é tolerado. Dessa forma, configura-se, também, como um outro limite à liberdade em tela. Sobre o assunto, o Pretório Excelso consolidou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias antisemitas, que busca resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão. O Supremo ensinou que devem prevalecer os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade Jurídica³². Nesse caso, demonstrando o uso da técnica do sopesamento.

30. Idem.

31. Ibidem. p. 31.

32. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 311.

Sabe-se que a liberdade de expressão é altamente valorizada no âmbito do Direito Constitucional e Internacional, todavia o posicionamento adotado pelas Organizações Internacionais de Direitos Humanos é de restrição no que tange o abuso desse direito, voltado ao ataque contra minorias. Se por um lado, como aponta Daniel Sarmento, a democracia exige a liberdade de expressão para o seu próprio dinamismo, por outro lado ela também exige a igualdade³³. E é esse reconhecimento que vem com a ponderação. Há uma exigência de se pregar as liberdades acima de tudo, mas há uma outra, até mais forte nos dias atuais de que se trate todos de uma forma igual, ainda que de uma maneira meramente formal, e desse modo, se pede que não se fira outros princípios somente para que se tenha um deles, que talvez não seja tão importante numa circunstância-fática.

O Brasil tem adotado um caminho em que são aceitas restrições à liberdade de expressão voltada ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas. Um pensamento justo, tanto aos olhares jurídicos quanto aos olhares morais da sociedade brasileira³⁴.

Esse direcionamento parece, inclusive, correto aos moldes de Robert Alexy, que prega que toda liberdade fundamental existe com uma relação entre o Estado, protegida por um direito, garantido direta e subjetiva-

33. SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*, p. 77;82.

34. *Ibidem*, p. 105.

mente, abarcando um espectro que se caracteriza pela variação decrescente ao peso do princípio da dignidade humana, que é atribuída o maior peso possível³⁵.

Haja vista a liberdade em questão, protegida e imunizada aos parlamentares pelo instituto jurídico da inviolabilidade, pode haver circunstâncias em que aconteça um eventual abuso da prerrogativa por meio do congressista e que essa inviolabilidade seja questionada. Essa proteção à palavra, opiniões ou votos seja considerada excessiva em função de outro direito que tenha sido violado. E nos depararemos com uma questão: Entender qual seria o limite que delimitaria a Imunidade Parlamentar.

Chegamos, então, à matéria em pauta. Na ocorrência de casos como o que acontece hoje, do Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, o Pastor Marco Feliciano, que tem atingido algumas minorias em nome da religião e sendo resguardado pela inviolabilidade, questionar-se-á quando esses discursos serão punidos e se poderão ser. Se em nome do dinamismo da democracia e da liberdade de expressão, poderão ser esquecidos e renegados crimes que envolvem a honra de determinadas pessoas e de grupos sociais. O questionamento que se faz é até que ponto pode-se tolerar discursos repulsivos, mas que de alguma forma não atingiram o ponto de serem considerados ofensivos e de cunho racista. O caso do Presidente da Comissão de Direitos Humanos faz ascender essa reflexão.

35. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. p. 234;370.

4. SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR

O termo “imunidade” tem sua origem no latim *imunitate*, que literalmente significa isenção. Se considerarmos a aplicação jurídica da expressão, teríamos uma nova ressignificação, traduzindo-se por “direitos, privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerça”³⁶.

Pontes de Miranda ressalta as imunidades parlamentares como institutos viscerais a liberdade de expressão e de pensamento, que por sua vez, são consequências diretas do nosso regime adotado, o democrático.

Segundo o supracitado autor, não há Poder Legislativo que represente seu povo com fidelidade e, o mais importante, com coragem se não houver a previsão expressa do instituto da inviolabilidade³⁷.

Essa importância também é mostrada em função das imunidades parlamentares, de acordo com a nossa Carta Constitucional, permanecerem durante o Estado de Sítio e Estado de Defesa. Entretanto, no Estado de Sítio há uma exceção: período em que as imunidades parlamentares poderão ser suspensas mediante voto de dois terços dos membros da Casa respectiva nos casos de atos que sejam praticados fora do Congresso e que sejam incompatíveis com a manutenção do Estado de Sítio e a execução da medida³⁸.

36. BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35/01. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 173, jan./mar. 2001, p. 241.

37. Idem, p. 242.

38. MORAIS, Alexandre de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. Imunidades Parlamentares. p. 61.

A imunidade parlamentar, como já foi mencionado no presente artigo, é previsto pelo ordenamento jurídico, que consagra regras para essas imunidades, por vezes abrangentes e por vezes menos abrangentes. É importante ressaltar que essas regras visam a manutenção de forma imediata a defesa do parlamento, de modo a proteger a permanência e sobrevivência da democracia. São fundamentos dessa tutela, também, a proteção do primado da legalidade, defendendo, prioritariamente a autonomia da vontade³⁹.

O Instituto jurídico da Imunidade Parlamentar, além de estabelecer que os deputados e senadores sejam invioláveis civil e penalmente por qualquer uma de suas opiniões, palavras e votos, possuem também foro privilegiado desde a diplomação, sendo processados, então, pelo Supremo Tribunal Federal, referentes às ações penais que se aplicam à prerrogativa de foro. Todavia, faz-se necessário explicitar que a prerrogativa só acontece quando o congressista for o acusado, o réu, e não o autor da ação penal.

Para os crimes dolosos contra a vida, o Supremo também será o responsável por julgar tais crimes, mesmo que a Constituição Federal discipline que quem será o responsável por julgar tais crimes será o Tribunal do Júri, isto porque, o Supremo é um órgão mais especial, tratando de modo menos generalizado a questão dos parlamentares. Os deputados estaduais dispõem das mesmas imunidades, diferenciando apenas sua prerrogativa de foro, que nesse caso, passa a ser o Tribunal de Justiça.

39. Idem, p. 64.

Ainda que seja, o parlamentar não poderá recusar-se a testemunhar, limitando-se somente a possibilidade de não divulgações das fontes, visando a proteção das mesmas. Com efeito, o parlamentar pode, ainda, escolher a data e hora para seu testemunho, em juízo, convenientes para o congressista⁴⁰. De passagem, torna-se importante explicar que a diplomação é feita pela Justiça Eleitoral, usualmente ocorrendo no primeiro dia de Fevereiro, na sessão preparatória, antes da primeira sessão legislativa ordinária.

Paulino Jacques analisa que para um bom desempenho do exercício do mandato, faz-se necessário a ampla e absoluta liberdade de expressão, seja ela por palavras, pensamento, debate, discussão e voto, e desse modo, ele prega que essa liberdade esteja acobertada pelos procedimentos legais, materiais e formais. Desse modo, o autor explica que essa tutela consegue cercar a independência dos três poderes (Princípio da Separação de Poderes), das atitudes e das deliberações democráticas⁴¹.

Alexandre de Moraes expõe que o instituto jurídico da imunidade parlamentar é de vital importância, de modo que, prioritariamente, servem contra o abuso e as pressões dos demais Poderes Executivos e Poder Judiciário, constituindo-se, assim, um direito instrumental de garantia de liberdade de expressão

40. BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35/01. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 173, jan./mar. 2001, p. 244.

41. MORAIS, Alexandre de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. Imunidades Parlamentares. p. 47.

dos membros do Poder Legislativo, bem como a proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários⁴².

Finalmente, Alcino Pinto Falcão sintetiza as imunidades parlamentares como uma garantia funcional, em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos integrantes do Poder Legislativos, a fim de evitar desfalques na integração do respectivo *quórum*, de forma que o modelo democrático não fique comprometido e seja realizado de forma mais dinâmica possível⁴³.

Para entendermos por completo o instituto em questão, devemos analisar as duas formas da imunidade parlamentar: a imunidade formal (ou processual) e a imunidade material (ou inviolabilidade).

4.1. Imunidade Formal: Fundamentos e Limitações

A imunidade formal refere-se a todas as espécies de infração penal praticadas pelo congressista, seja em relação à prisão e seja em relação ao processo, devendo ser assegurada qualquer que seja a circunstância em que tenha sido praticada do fato criminoso⁴⁴.

A Carta Magna atual fixou o termo a *quo* da imunidade processual a expedição do diploma, protegido pelo artigo 53º, parágrafo primeiro da Constituição federal, que comprova a eleição, mas não fixa a sua fundamentação, o termo *ad quem*.

42. Idem, p. 46.

43. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 409.

44. MORAIS, Alexandre de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. Imunidades Parlamentares. p. 58.

O Pretório Excelso já decidiu que ex-parlamentares, por estarem fora da função legislativa e, portanto, não exercerem mais seus mandatos, inexistente para eles o fundamento de validade das imunidades, estando excluídos, até a próxima legislatura que os mesmos sejam eleitos após a candidatura⁴⁵.

A imunidade formal possui uma limitação temporal e relatividade, protegendo o parlamentar somente pelo período em que exerça o mandato, bem como, recebida a denúncia por crime comum, será ele processado independentemente da concessão de licença pela Casa que ele pertencer⁴⁶.

A imunidade processual tem como fundamento básico a necessidade de livrar o parlamento da incidência de processos judiciais arbitrários, advindos de adversários políticos ou dos demais Poderes Constitucionais, a fim de afastar os parlamentares opositores ou de impedir de *quórum* deliberativo em votações importantes, tendo no *freedom from arrest* seu berço histórico⁴⁷.

Este instituto não deve ser confundido com uma das facetas da impunidade, visto que a sustação do processo (a contenção) suspende sua prescrição enquanto durar seu mandato, fazendo com que ele volte a ter seu prazo contado com o encerramento do mandato e podendo ser novamente julgado por justiça de 1ª instância, seguindo seus trâmites comuns⁴⁸.

45. Idem. p. 60- 61.

46. BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35/01. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 173, jan./mar. 2001, p. 243.

47. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 416.

48. Ibidem.

Por questões de delimitações temáticas, torna-se necessário abordar com maior ênfase a Imunidade material do instituto da imunidade parlamentar.

4.2. Imunidade Material: Fundamentos e Limitações

A imunidade material também é chamada de imunidade substantiva, imunidade real, inviolabilidade parlamentar, irresponsabilidade e indenidade. A inviolabilidade consiste em garantir a total liberdade de expressão, seja ela por meio de palavras, de opiniões ou de votos, proferidos pelos parlamentares. Desse modo, não podendo eles serem processados, nem mesmo com licença de sua Casa Legislativa, pelos crimes de palavra.

Ensina Tiago Gonçalves que o Poder Legislativo frentes aos demais é de ordem pública. Constitui garantia individual do membro do Parlamento. E por esse fato não pode o congressista renunciar ou dispor sobre o instituto⁴⁹.

Outro aspecto interessante da inviolabilidade se mostra ao servir como excludente de ilicitude, garantindo aos parlamentares a irresponsabilidade civil e penal do parlamento pelas críticas, comentários e votos proferidos no exercício de seu mandato, de forma irrestrita, para que se possa, reiterar-se, para realizar seus trabalhos sem qualquer tipo de intimidação, ameaça ou censura, principalmente em função de haver no Código Repressor que prevê o respeito à honra subjetiva, quando atinge a imagem que o sujeito tem

49. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 413.

de si mesmo, e à honra objetiva, sempre que a atinge a ideia que outras pessoas tenham de outro sujeito.

Desse modo, os crimes de honra e os delitos de opinião são condenados pelo Código Penal vigente, que traz normas de ordem indiretas, acarretando no amoldamento da norma penal e não no seu desobedecimento⁵⁰.

Então, mesmo tendo um código reprimindo os referidos crimes, eles são permitidos no exercício da função legislativa pelo congressista, de forma irrestrita, segundo Orlange Maria Brito.

A doutrina, entretanto, define que para que haja a incidência da imunidade material, são indispensáveis a apresentação de dois requisitos: o fato deve ser praticado no exercício do mandato e deve ser praticável por meio de opiniões palavras ou votos, não cabendo desse modo, manifestações de cunho estritamente de interesses pessoais, ainda que política⁵¹.

É entendimento majoritário que a garantia da imunidade estende-se ao desempenho de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação — parlamentar ou extraparlamentar — desde que exercida *ratione muneris*, ou seja, em função do cargo. Importante explicitar que a extensão da imunidade compreende apenas os parlamentares, os beneficiados direitos, nunca às pessoas que participam dos trabalhos legislativos sem exercer mandato.

50. BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional n° 35/01. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 173, jan./mar. 2001, p. 242-245.

51. Idem, p. 243.

Essa extensão, diferente da imunidade processual, é ilimitada e perpétua, não podendo os congressistas serem responsabilizados por suas palavras, opiniões e votos mesmo que tenham cessado o seu mandato, como bem explica Alexandre de Moraes, sendo, portanto, protegidas *ad eternum*⁵².

4.3. Sobre a Necessidade da Imunidade Parlamentar

A partir da análise do instituto da imunidade parlamentar, tanto em seus aspectos matérias e formais, percebe-se o quanto que ela se mostra importante para o exercício da democracia, estando ele intimamente vinculado a ela.

Para obter o efetivo exercício da democracia, Alexandre de Moraes registra que o objetivo do estabelecimento das imunidades parlamentares, consagradas pela atual Carta Constitucional se deu para garantir aos detentores das funções do Estado e os demais poderes, à defesa do regime liberal, dos direitos fundamentais e da própria separação dos poderes⁵³.

Prioritariamente, para se obtiver esse princípio da tripartição, é permitido aos parlamentares um tratamento diferenciado, em face ao princípio da igualdade, que simplificada, que não se limita em tratar igualmente os iguais, ela busca, na verdade, um tratamento isonômico, visando a diminuição da

52. MORAIS, Alexandre de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. Imunidades Parlamentares. p. 52.

53. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. atualizada com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005. p. 368.

desigualdade, ela, entretanto, não pode ser de utilizada de forma absoluta, uma vez que a aplicação do termo da igualdade de forma literal acarretaria em grandes injustiças.

Cabe-se ressaltar que Aristóteles quando fala em igualdade ou isonomia, traz a famigerada frase, destacando que devemos tratar os desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

A própria Constituição Federal permite que se sejam aplicadas medidas de modo desiguais, inclusive pelo fato de admitir discriminações positivas, normas que viabilizam o princípio da isonomia, trazendo também as contenções às liberdades para que, de fato, a igualdade seja vista em sociedade e não somente na lei.

A partir desse entendimento, vê-se que os tratamentos desiguais para com os parlamentares se mostram importantes, de modo que é esse procedimento que visa a dinamização dos debates, o afastamento do receio de perseguição política ou popular e, com isso, a própria discussão democrata e a fiscalização dos poderes executivo e judiciário.

Desse modo, não é possível ver a imunidade material atribuída aos parlamentares como um desrespeito ao princípio da isonomia, mas como uma prerrogativa que preza a própria existência da democracia e as suas deliberações, mas cabendo a ela traçar limites à inviolabilidade.

José Afonso da Silva, ainda, indica que a democracia é o fato de o poder residir no povo, e desse modo, faz-se com a vontade popular ou vinculada o povo ao poder, realizado através de seus representan-

tes eleitos⁵⁴. Cabe aí a analogia que a prerrogativa dos parlamentares, passa a ser um instrumento de benefício do próprio povo no momento em que ele usufrui dos lucros provenientes dos debates democráticos e a própria efetivação do regime liberal.

É cediço que o Poder Legislativo é elemento essencial na estrutura do Estado Democrático, e o parlamentar a peça-chave a ele, torna-se necessário a conscientização de que sejam concedidas ao parlamentar as imunidades materiais e processuais, de modo que consigamos a independência no desempenho das funções através dos congressistas e não fiquemos com um poder superior que manipule a própria participação, mesmo que indireta, do povo.

O problema em questão não está no fato de serem consagradas as imunidades parlamentares, mas no momento que essas imunidades sejam usadas de forma arbitrária, elencando somente benefícios próprios do congressista, e não em razão dos fundamentos que a originaram. O inconveniente não reside na própria inviolabilidade e a imunidade processual, mas no fato de não serem claros os limites ao seu uso. Esses limites imprecisos geram uma insegurança plena ao cidadão e o contínuo descrédito da política e nos governantes que a população tem exprimido.

Cabe-se a reflexão sobre esses limites, se estas imunidades ao serem usadas com abuso, de modo arbitrária e para acobertar crimes contra honra, po-

54. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 133.

deriam ser punidas de modo a não gerar a impunidade que tanto indigna a população brasileira.

O descrédito na política, em razão dessa imunidade, que alguns autores insistem em chama-la de impunidade, acaba por gerar políticos fracos que não estejam focados em otimizar a democracia, mas pensando sempre em seus próprios proveitos, denegrindo a imagem da política e, de certa forma, convertendo-se na ideia de que a prerrogativa nada mais é que um privilégio do congressista de intangibilidade e de impunidade⁵⁵.

De maneira destoante do censo comum, José Afonso da Silva entende que as prerrogativas são estabelecidas menos em favor do congressista que da Instituição, objetivando a mencionada independência dos Poderes, para que consigam, de fato, desempenhar a função com toda a liberdade que o cargo exige⁵⁶.

4.4. Entendimento Jurisprudencial

Questionada sobre o alcance do instituto jurídico da Imunidade Parlamentar, o Pretório Excelso decidiu que os atos praticados fora do ambiente parlamentar não estariam pelo referido instituto protegido, ao menos que carregasse nexos de causalidade com o desempenho das funções do mandato parlamentar, de modo que caberia a proteção do referido instituto ao parlamentar numa entrevista jornalística, se esta

55. <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 maio 2013.

56. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 535.

trouxesse relação entre causa e efeito às palavras e opiniões proferidas e o exercício da função legislativa.

Ainda delimitando a Imunidade parlamentar, o Supremo Tribunal Federal enfatiza o caráter relacional do supracitado instituto com o cumprimento das funções, não sendo ele de modo pessoal ou tratado como privilégio, mesmo no ambiente parlamentar e que não carregue estranheza ao mandato legislativo, não comportando palavra e opiniões que destoem do cumprimento do mandato, como é tratado no caso *in verbis*.

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ENTREVISTA JORNALÍSTICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A MANIFESTAÇÃO E O EXERCÍCIO DO MANDATO. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DEVER DE REPARAÇÃO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A imunidade parlamentar material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, *caput*), incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento.
2. Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar.
3. Sob esse enfoque, irretorquível o entendimento esposado no Inquérito 1.024-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 04/03/05, *verbis*: “EMENTA: IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL (INVOLABILIDADE) – SUPERVENIÊNCIA DA EC 35/2001 – ÂMBITO DE INCIDÊNCIA – NECESSI-

DADE DE QUE OS ‘DELITOS DE OPINIÃO’ TENHAM SIDO COMETIDOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO OU EM RAZÃO DELE – INDISPENSABILIDADE DA EXISTÊNCIA DESSE NEXO DE IMPLICAÇÃO RECÍPROCA – AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE, DESSE VÍNCULO CAUSAL – OCORRÊNCIA DA SUPOSTA PRÁTICA DELITUOSA, PELO DENUNCIADO, EM MOMENTO ANTERIOR AO DE SUA INVESTIDURA NO MANDATO PARLAMENTAR – CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE, AO CONGRESSISTA, DA GARANTIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL – QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DE REJEITAR A OCORRÊNCIA DA ‘ABOLITIO CRIMINIS’ E DE ORDENAR A CITAÇÃO DO CONGRESSISTA DENUNCIADO. — A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) — que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo — somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. — A prerrogativa indisponível da imunidade material — que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) — não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. — A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, *caput*),

para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexos de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro. Doutrina. Precedentes. — A situação registrada nos presentes autos indica que a data da suposta prática delituosa ocorreu em momento no qual o ora denunciado ainda não se encontrava investido na titularidade de mandato legislativo. Consequente inaplicabilidade, a ele, da garantia da imunidade parlamentar material”. 4. *In casu*, não há como visualizar a ocorrência de nexos de causalidade entre as manifestações da agravante e as funções parlamentares por ela exercidas, já que os comentários acerca da vida privada do agravado em entrevista jornalística, atribuindo-lhe a prática de agressões físicas contra a esposa e vinculando o irmão deste a condutas fraudulentas, em nada se relacionam com o exercício do mandato. A hipótese não se encarta na imunidade parlamentar material, por isso que viável a pretensão de reparação civil decorrente da entrevista concedida. 5. Agravo regimental desprovido. (RE 299109 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 EMENT VOL-02534-01 PP-00080)

O julgado que segue traz as mesmas delimitações à inviolabilidade, mostrando o caminho jurisprudencial em torno das delimitações ao supramencionado instituto.

A imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição não é absoluta, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Embora a atividade jornalística exercida pelo que-

relado não seja incompatível com atividade política, há indícios suficientemente robustos de que as declarações do querelado, além de exorbitarem o limite da simples opinião, foram por ele proferidas na condição exclusiva de jornalista. (**Inq 2.134**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 23-3-2006, Plenário, *DJ* de 2-2-2007.)

Traçando um limite à garantia constitucional da imunidade parlamentar, em especial, à inviolabilidade, o Ministro Celso de Mello em julgamento diz que o referido instituto somente protege o parlamentar, qualquer que seja o ambiente em que exercido a liberdade de opinião, seja ele dentro do recinto ou fora dele, desde que traga conexão com o desempenho parlamentar, cabendo, por sua vez, a afirmação que as palavras, votos ou opiniões que destoem da atividade parlamentar poderão sofrer punições.

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) — que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo — somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. A prerrogativa indisponível da imunidade material — que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo,

A IMUNIDADE PARLAMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO

qualquer privilégio de ordem pessoal) — não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, *caput*), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro. Doutrina. Precedentes.” (**Inq 1.024-QO**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 21-11-2002, Plenário, *DJ* de 4-3-2005.) **No mesmo sentido: Inq 2.874-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 20-6-2012, Plenário, *DJE* de 1º-2-2013; **Inq 2.332-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 10-2-2011, Plenário, *DJE* de 1º-3-2011.

Seguindo esse entendimento, situações como a que vimos em 2007, do uso inadequado de palavras e opiniões no ambiente parlamentar do, na época, Deputado Clodovil Hernandez ao chamar a Deputada Cida Diogo de feia e de outras palavras de baixo calão, merecem serem tratadas fora dos limites da inviolabilidade por se mostrarem estranhas ao exercício da função legislativa, configurando, por assim dizer, o uso abusivo do instituto da Imunidade Parlamentar.

5. ABUSOS DA IMUNIDADE PARLAMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO

Ante o exposto, após a análise do rumo que a jurisprudência brasileira tem tomado acerca da imunidade parlamentar, pode-se constatar que o excesso do referido instituto tem sido aos poucos execrado, de forma que os limites à imunidade material aos poucos está sendo delimitado.

Nesse sentido, é necessário traçar limites ainda mais claros no que se refere à inviolabilidade e até que ponto ela abrangeria certas palavras e opiniões.

Ensina Nelson Sampaio que as opiniões, palavras e votos devem ser manifestadas nos termos regimentais, não ficando imune o parlamentar ao poder disciplinar e de polícia do Presidente da Casa legislativa ou da comissão a que pertencer. O presidente, por sua vez, pode censurar a publicação e se o orador ultrapassar os limites impostos, incidindo em falta de decoro parlamentar, poderá o parlamentar em questão ser sancionado com até a perda de seu mandato⁵⁷.

O próprio regimento interno das casas legislativas traz indicativos de que comportamentos que configurem falta de decoro parlamentar sejam investigados, podendo até sofrer a perda de mandato, como é visto no artigo 25º do regimento interno do Senado Federal⁵⁸, no artigo 32º do referido regimento⁵⁹, fazendo

57. GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*. p. 413.

58. Art. 25. Se algum Senador praticar, dentro do edifício do Senado, ato incompatível com o decoro parlamentar ou com a compostura pessoal, a Mesa dele conhecerá e abrirá inquérito, submetendo o caso ao Plenário, que sobre ele deliberará, no prazo improrrogável de dez dias úteis.

59. Art. 32. Perde o mandato o Senador :

I — que infringir qualquer das proibições constantes do art. 54 da Constituição;

II — cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas ao Senador e a percepção de vantagens indevidas (Const., art. 55, § 1º).

referência à Carta Política Vigente⁶⁰ que aponta que é incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas, além do artigo 244º do regimento interno da Câmara dos Deputados⁶¹ que, as-

60. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I — que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II — cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III — que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV — que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V — quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI — que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º — É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º — Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

61. Art. 244. O Deputado que descumprir os deveres inerentes a seu mandato, ou praticar ato que afete a sua dignidade, estará sujeito ao processo e às medidas disciplinares previstas neste regimento e no Código de Ética e Decoro Parlamentar, que poderá definir outras infrações e penalidades, além das seguintes:

I. censura;

II. perda temporária do mandato, não excedente a trinta dias;

III. perda do mandato.

Parágrafo 1º. Considera-se atentatório ao decoro parlamentar usar, em discurso ou proposição, expressões que configurem crimes contra a honra ou contenham incitamento à prática de crimes.

Parágrafo 2º. É incompatível com o decoro parlamentar:

I. o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas a membro do Congresso Nacional;

sim como o regimento interno do Senado Federal traz a falta de decoro parlamentar como possibilidade de perda de mandato.

A partir da análise dos supramencionados artigos, cabe-se averiguar o que configuraria decoro parlamentar, haja vista o teor de subjetividade que a palavra traz. O conceito de decoro é impreciso. A Carta Magna, por sua vez, não trata do decoro do parlamentar, mas do decoro parlamentar, tratando da Instituição Parlamento e não da figura do parlamentar, seja ele senador ou deputado, devendo ela ser protegida de comportamentos reprováveis⁶².

O parlamento, então, terá competência para decidir qual conduta deve ser considerada ofensiva à sua honra objetiva, sendo juízo de cada Casa Legislativa e exclusivo a ela esta definição. Nesse sentido, atos estranhos à função parlamentar podem configurar quebra decoro ao macular a imagem do Congresso Nacional, com potência de lesionar a honra subjetiva do Parlamento como um todo⁶³.

A própria subjetividade vista nos regimentos internos e na Constituição Federal acaba por abranger e trazer possibilidades maiores de punição no que poderia ser considerada falta de decoro parlamentar, ao

II. a percepção de vantagens indevidas;

III. a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos dele decorrentes.

62. PINHEIRO, Maria Cláusia Bucchianeri. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10038/a-cassacao-do-mandato-politico-por-quebra-de-decoro-parlamentar#ixzz2YVIhiQjz>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

63. Idem.

trazer que praticas de atos que afetem a dignidade do parlamento são condutas incompatíveis com o decoro. A inserção da palavra “dignidade” carrega com si uma possibilidade maior de interpretação, podendo ela ser analisada de diferentes formas variando no tempo e por quem a analisa.

Ainda discorrendo sobre a palavra “decoro”, o relatório final da CPI do Orçamento diz ser comportamento, imagem pública, honra ou dignidade. Sendo decoro parlamentar a obrigação de conteúdo moral e ético, mas que não se confunde com aspectos criminais, embora deles se possa recorrer. A conceituação, então, de decoro parlamentar se dá em torno da tipificação de atos impróprios ao exercício da função legislativa e a avaliação da possível indignidade e desonra no comportamento do parlamentar, estando ou não no exercício de suas funções políticas⁶⁴.

Volvendo a problemática em esteio, vê-se que o desde seu princípio a imunidade parlamentar carrega uma subjetividade que dificulta a limitação dos seus eixos, isto inclui as afirmações que poderiam ser abarcadas por ele e a expressão decoro parlamentar que se mostra um tanto vaga, dificultando os julgamentos a serem feitos quando se puder averiguar a falta dele.

Entretanto, a existência do decoro parlamentar impõe, de certo modo, ao parlamentar o cumprimento de determinados comportamentos e limites à sua função, mesmo com uma significação fluida e passível de diferentes interpretações.

64. CPI do Orçamento, v. I, p. 12.

Ainda assim, faz-se necessário um limite ainda mais transparente e de força mais balizadora. Sarlet ao falar dos direitos fundamentais, e o direito à liberdade é tratado como tal, diz ser necessário o conhecimento de que existe desde sempre um conteúdo determinando e sendo, cabível a afirmativa de que os direitos fundamentais nascem com limites. Desse modo, cabe-se, então, falar em limites imanentes, que consistem em fronteiras implícitas e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são compreendidas como desvantagens normativas impostas externamente aos direitos⁶⁵.

Propõe-se, então, que esses limites imanentes, aqueles que podem ser determinados por meio da interpretação do preceito constitucional, delineiem com mais precisão o instituto das imunidades parlamentares, a fim de evitar que ocorram desvirtuamentos da função legislativa, da figura do Parlamento e do exercício da democracia. Tais limites devem ser guiados por normas de não-perturbação (Nichtstörungschanken), como afirma Vieira de Andrade⁶⁶.

Ao falar na proteção das liberdades de opiniões, objeto protegido pelo instituto da inviolabilidade, conheceria, de imediato, a existência de limites à própria liberdade protegida para que não haja contenção e ofensa à democracia e à honra, ambas protegidas pela Lei Maior Vigente. Esses limites impostos impediriam que crimes contra a honra, subjetiva ou objetiva,

65. SARLET, Ingo Wolfgang. 2009, p. 388.

66. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 218.

e que tragam estranheza à função parlamentar não sejam suficientemente punidos, haja vista que existe proibição expressa à eles no nosso Código Repressor.

Outro aspecto que serve como delimitação do instituto em questão vem a ser a própria nomenclatura “atividade parlamentar” que, se realizada uma definição mais precisa, seja pela via da hermenêutica, seja pela via jurisprudencial, facilitaria a identificação de quais palavras favorecem o debate e a dinamização da democracia e quais palavras ou opiniões trazem estranheza a elas, e sendo assim, punir o parlamentar que extrapola e a abusa das prerrogativas tornaria menos complexo. Talvez assim, a credibilidade do Povo na Política aumentasse de forma significativa. O nome imunidade parlamentar, quase nunca ou até se arriscaria a dizer que nunca, seria confundido com impunidade parlamentar.

Como bem expõe Rui Barbosa, em seu discurso do dia 18 de maio de 1981, “a palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade. Deixai-a livre onde quer que seja e o despotismo está morto”. Entretanto, compreende-se hoje que não basta deixar a palavra livre absolutamente, já que a tirania encontra-se nos extremos, mas delimitá-la de modo que se possa conviver com os demais direitos fundamentais e se ter o exercício pleno e de fato da democracia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos expostos, pode se observar que:

- A imunidade parlamentar sempre se mostrou presente na história dos direitos das civiliza-

ções mais antigas, tais como os gregos e romanos. Constituições estrangeiras a abarcam em seus Textos Constitucionais.

- No Brasil, ela esteve presente em todas as Constituições a partir da Carta de 1824, mesmo nos regimes autoritários, que a traziam de forma limitada.
- Houve avanço na proteção da imunidade parlamentar em cada Constituição que vigia, de forma que o referido instituto preservasse em primeiro lugar a democracia e seu dinamismo, trazendo-a sempre como prerrogativa dos parlamentares e nunca privilégio dos mesmos.
- É visto a importância do referido instituto conviver com os Direitos Fundamentais, de forma que a colisão põe em cheque a própria democracia e a dinamização dela, trazendo insegurança plena ao cidadão e a própria confusão entre as palavras imunidade e impunidade.
- Assim como todo Direito Fundamental, a liberdade de expressão possui restrição explícita e o instituto jurídico não poderia ficar a parte dessa limitação, de forma que não se nega e nem se quer abolir o instituto jurídico da imunidade parlamentar, apenas restringi-lo de modo que ele alcance seus objetivos e dar maior confiabilidade ao povo em seus parlamentares.
- A partir da análise da jurisprudência brasileira, verifica-se que caminha-se para uma maior restrição do instituto, essa pela via da interpretação do dispositivo constitucional, de forma

que, pouco a pouco, a partir de casos concretos, ao se averiguar abuso das prerrogativas, em especial da imunidade material, vai se delineando uma restrição maior ao que o próprio nome significaria, hoje tão vago e tão fluido.

- Propõe-se, finalmente, uma maior significação da palavra decoro, de forma que a falta dele, ou a quebra, possa ser uma limitação e uma contenção ao instituto jurídico das imunidades, de modo que se perceba menor ou nenhum abuso das prerrogativas dos parlamentares.
- Ingo Sarlet, inclusive, trata dos limites iminentes, que poderiam servir de meio delimitador pela via da hermenêutica jurídica e interpretação dos tribunais.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Resolução nº 93, de 1970. *Regimento Interno do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2011.
- BRASIL. Resolução nº 17, de 1989. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 8. ed. Brasília: Edições Câmara, 2011.

- BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35/01. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 173, jan./mar. 2001.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States*. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec6>. Acesso em: 11 maio 2013.
- GONÇALVES, Tiago Andrade. *Breve Olhar sobre o Instituto Jurídico das Imunidades Parlamentares*.
- KARPEN, Ulrich. Freedom of Expression. In: KARPEN, Ulrich (ed). *The Constitution of the Fed Republic of Germany*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- LOPES, Ana Maria D`Avila; TIRADO, José Antonio. A Imunidade dos Parlamentares na Espanha. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 7-20, jul./set. 2002.
- MARINHO, Alexandre Araripe; PINHEIRO, Maria Helena Côrtes. Sobre o Alcance da Imunidade Parlamentar Material. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.
- MORAES, Alexandre de. Imunidades Parlamentares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21 – Doutrina Nacional. São Paulo.
- PINHEIRO, Maria Cláusia Bucchianeri. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10038/a-cas-sacao-do-mandato-politico-por-quebra-de-decoro-parlamentar#ixzz2YVlhiQjz>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

A IMUNIDADE PARLAMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO

SANTOS, Divani Alves dos. Imunidade Parlamentar à Luz da Constituição Federal de 1988. 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Capítulo V

A fantástica fábrica dos danos extrapatrimoniais

Karoline Moraes Francisco Pereira

Discente do 6º semestre do curso de Direito da
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

A fantástica fábrica dos danos extrapatrimoniais

Resumo: O tema do presente artigo está voltado para a análise da existência de uma verdadeira fábrica de danos extrapatrimoniais, levando em conta o número alarmante de pleitos feitos ao Judiciário por indenizações. Para tanto é preciso relembra o momento em que se verificou que os danos sofridos pelas pessoas podem afetar muito mais do que o patrimônio, passando a haver a necessidade de distinguir os danos patrimoniais dos extrapatrimoniais. Uma vez estabelecida a autonomia dos danos em estudo, o objetivo do presente é constatar se existe uma fábrica/ indústria de danos ou se esse seria apenas um discurso de resistência por parte daqueles que querem obstar o exercício do direito de ação, e para tanto se utilizará como recurso, dentre outros, uma pesquisa jurisprudencial lastreada nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça quando se vê diante de pedidos de indenização, utilizando por amostragem os julgados referentes ao mês de Março do ano de 2012. Pretende-se, também, constatar se a questão que envolve o estabelecimento de indenizações no Brasil não diria respeito apenas a uma questão aleatória, de sorte, como se estivéssemos inseridos em uma loteria do dano, como sugeriu Patrick Atiyah, em sua conhecida obra “*The damages lottery*”. Tais análises serão feitas por meio de uma comparação com a conhecida obra cinematográfica “A fantástica fábrica de chocolate”, buscan-

do pontos de conexão entre o que ocorre no filme com a atual configuração do sistema brasileiro de reparação por danos morais.

Palavras-chave: Dano moral. Novos danos. Demandas frívolas.

Sumário: 1. Introdução — 2. O nascimento do dano extrapatrimonial — 3. A (in)existência da indústria do dano moral — 4. O rio das demandas frívolas — 5. Considerações finais — 6. Referências — 7. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

A Fantástica Fábrica de Chocolate e os danos extrapatrimoniais. Eis aqui uma associação inusitada, porém não impossível.

Estamos diante de uma conhecida obra cinematográfica estrelada pela primeira vez em 1971, tendo por base o livro de Roald Dahl do ano de 1964 e que teve sua segunda versão em 2005. No filme Willy Wonka é dono na maior fábrica de doces do mundo e resolve fazer um concurso para selecionar cinco crianças que, ao acharem os bilhetes dourados escondidos nos chocolates, fariam jus a visitar a sua fábrica, chamando atenção o fato de que, sem saberem, essas crianças passariam por uma análise de caráter durante a visita. A fábrica tem todo um ambiente que fascina, com rios e cachoeiras de chocolate e árvores cujos frutos são doces em um contexto que chega a ser psicodélico.¹

1. Informações disponíveis para consulta em: <www.br.warnerbros.com/movies/chocolatefactory/> e <www.adorocinema.com/filmes/filme-52933/>. Acesso em: 20 mar. 2013.

Nesse ponto há que se perguntar como isso poderia se relacionar com o mundo jurídico. O propósito é, então, estabelecer uma rede de comparações: a loucura que as crianças ficaram para achar os bilhetes dourados, com a procura incansável das pessoas pelo Judiciário trazendo demandas às quais se busca atribuir esse aspecto dourado que faria com que, de fato, merecessem a atenção dos órgãos julgadores; os rios de chocolate da fábrica, com a verdadeira situação de inundação que tem tomado conta do Judiciário por causa das demandas frívolas; a escolha de Charlie, o menino pobre que encontrou o último bilhete, como aquele que realmente merecia aquela experiência, com a necessidade de realizar uma seleção quando do acolhimento dos pedidos de indenização e o estabelecimento critérios para sua quantificação, dentre outras comparações possíveis que serão desenvolvidas ao longo do presente artigo.

Enfim, o que se quer é atestar a (in)existência de uma fábrica de danos extrapatrimoniais, utilizando como referência uma manifestação artística, mas atribuindo a devida importância e seriedade ao tema, considerando o posicionamento hodierno dos nossos juízes e Tribunais quando se deparam com alegações de danos que vão além dos aspectos patrimoniais, envolvendo o que Marcius Geraldo Porto de Oliveira chamou de “proteção jurídica da consciência.”²

2. O NASCIMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano patrimonial, também chamado de dano material, sempre teve sua existência aceita, sendo fa-

2. OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto. *Dano moral: proteção jurídica da consciência*. 3. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

almente identificado. Nesse sentido Sérgio Cavalieri traz que,

A ideia de prejuízo, tal como estava no art. 159 do Código Civil de 1916, resultante de uma lesão a um direito, bem caracteriza o dano material. Ou, como preferem outros autores, o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo. O crédito que não é honrado, os direitos autorais que não são respeitados causam prejuízo, tal como o dano causado em um veículo [...]

[...] O dano patrimonial, como assinala Antunes Varela com propriedade, é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente — mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão —, pelo menos indiretamente — por meio de equivalente ou indenização pecuniária.³

É importante destacar que o dano patrimonial se divide ainda em dano emergente, que corresponde àquilo que efetivamente a pessoa perdeu em decorrência do dano, e em lucro cessante que diz respeito ao que a pessoa razoavelmente deixou de ganhar, sendo de enorme importância a aplicação do princípio da razoabilidade quando do estabelecimento dos lucros cessantes. Ainda de acordo com Sérgio Cavalieri, “razoável é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional; é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos.”⁴

3. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

4. Idem, *Ibidem*, p. 79.

Já no que se refere à trajetória dos danos extrapatrimoniais, ela sempre foi marcada por muitas polêmicas. Com relação a isso Sérgio Severo trata de teorias acerca da admissibilidade dos danos extrapatrimoniais pontuando a existência de correntes contrárias e correntes favoráveis.⁵ Dentre as correntes contrárias temos a teoria negativista onde se encontram juristas que se opuseram à satisfação de tais danos e outros que os admitiam em tese, porém não os reconheciam como sendo previstos na legislação civil. O referido autor cita Zulmira Pires de Lima, de acordo com que seriam oito as objeções à reparabilidade do dano extrapatrimonial:

- 1º Falta de um efeito penoso durável;
- 2º A incerteza nessa espécie de danos, de um verdadeiro direito violado;
- 3º A dificuldade de descobrir a existência do dano;
- 4º A indeterminação do número de pessoas lesadas;
- 5º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro;
- 6º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro;
- 7º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz;
- 8º A impossibilidade jurídica de admitir tal reparação.⁶

Ainda dentro das correntes contrárias Severo destaca as teorias mistas ou ecléticas que se subdividem em três:

5. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60-74.

6. *Idem*, *Ibidem*, p. 61.

- a) a que só admite a indenização dos danos extrapatrimoniais quando estes forem causa eficiente de dano material;
- b) a que só admite a indenização dos danos extrapatrimoniais quando originados de delito criminal; e
- c) aquela que só admite a indenização em caso de ofensa a determinados interesses.⁷

Já com relação à corrente favorável, se situam nesse polo autores que defendem a admissibilidade dos danos extrapatrimoniais e Sérgio Severo elucida que o processo de reconhecimento da autonomia de tais danos começou no século XIX e que, especificamente no Brasil, esse movimento se fez notar no século passado já sendo questão pacífica na atualidade, principalmente após a Constituição Federal de 1988 que deu uma ênfase especial à importância devida à pessoa humana, dessa forma, nas palavras do autor, “as restrições opostas à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais são vencidas, como barreiras de areia tentando conter o fluxo de águas.”⁸

A Constituição Federal faz menção expressa à satisfação dos danos morais no art. 5º, V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Diz ainda Sérgio Severo que “a responsabilidade é uma decorrência da liberdade. Se o ser humano é livre para manifestar o seu pensamento, deve ser responsável pelas consequências advindas do exercício dessa liberdade.”⁹

7. Idem, *Ibidem*, p. 69.

8. Idem, *Ibidem*, p. 73.

9. Idem, *Ibidem*, p. 89.

Afora o reforço constitucional dado ao dano moral, temos o tratamento específico dado pelo Código Civil de 2002 no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

No mesmo sentido o Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, VI e VII:

“São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;”

Como visto, temos no ordenamento pátrio embasamento legislativo referente à autonomia do dano moral, no entanto a busca por um conceito de dano moral sempre foi alvo de inquietação por parte da doutrina que, ao longo dos anos, foi trazendo diversas definições. Nesse sentido André Gustavo C. de Andrade trouxe em notório artigo um panorama da evolução do conceito de dano moral. Para fins de sistematização o autor apontou três conceitos:

O conceito negativo ou excludente procura conceituar o dano moral por exclusão e nesse ponto o autor cita Pontes de Miranda, para quem “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o ser humano como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.¹⁰ Esse

10. ANDRADE, André Gustavo C. A evolução do conceito de dano moral. *Revista Forense*, v. 375, ano 100, p.5, set./out. 2004.

conceito é criticado justamente pela ideia negativa que traz, deixando de abarcar uma série de situações.

Outro conceito apresentado no artigo vê o dano moral como dor, sofrimento, tomando por referência o estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. “Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.”¹¹

O terceiro conceito trazido entende o dano moral como lesão à determinada categoria de direito ou interesses, mais especificamente como lesão a direitos da personalidade. O autor do artigo ora analisado traz duas importantes citações sobre esse conceito; a primeira trata-se de uma citação de Dalmartello feita por Yussef Said Cahali, a saber:

“Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘com a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’.”¹²

A segunda trata-se de uma citação de Antônio Jeová Santos, que observa que “num sistema que coloca o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do dano moral, como entidade passível de

11. Idem, Ibidem, p. 6.

12. Idem, Ibidem, p. 10.

gerar indenização, é o coroar do reconhecimento dos direitos da personalidade.”¹³

André Gustavo C. de Andrade faz ainda uma crítica ao emprego da nomenclatura “danos morais”, defendendo que melhor seria o emprego da expressão “dano à pessoa”, sendo uma expressão que se contrapõe, na prática do *common law*, à expressão “dano à propriedade”, que envolve danos ao patrimônio material em geral e à propriedade.¹⁴

Fabrizio Zamprogna Matielo também apresenta uma definição de dano moral, apresentando-o, ainda, em termos subjetivos e objetivos.

[...] os danos morais são aqueles verificáveis na órbita específica da valoração da vítima, interna ou externamente, em razão do aspecto da moralidade.

Os danos morais, também incursões legítimas de outrem na esfera jurídica do lesado, podem atingi-lo em termos subjetivos (internos) ou objetivos (externos), ou em ambos. Destarte, quando o resultado lesivo se consubstancia em depreciação íntima da vítima, angústia, constrangimento, sentimento de humilhação, tem-se danos morais subjetivamente considerados, eis que atingem a autoestima do ofendido, circunstância conducente, não raro, a repercussões somáticas. Não se diga, por isso, que estas são imprescindíveis à aferição do dano moral; apenas podem servir como fatos agravante na fixação da reparação devida.

Noutros casos, traduz-se o resultado lesivo em projeções exteriores negativas acerca da imagem e do

13. Idem, Ibidem, p. 10.

14. Idem, Ibidem, p. 10.

prestígio da vítima em seu âmbito familiar ou social. Em assim sendo, está-se diante de danos morais objetivamente considerados, eis que concretamente prejudicam a estima do indivíduo em moldes externos a si próprio.¹⁵

Maria Celina Bodin de Moraes vai além e traz que,

[...] o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extrajudicial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer “mal evidente” ou “perturbação”, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.¹⁶

A autora identifica a aludida cláusula geral de tutela da pessoa humana a partir do artigo 3º, I, da Constituição Federal, de forma que o dano moral representa a lesão à dignidade da pessoa humana, nesse sentido:

A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será

15. MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material: reparações*. 2 ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1995, p. 47.

16. MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183-184.

automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora do dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação.¹⁷

Em meio a tantas definições possíveis entendemos o dano moral como aquela ofensa de difícil mensuração, de forma que qualquer estimativa de reparação será apenas uma tentativa de quantificar, já que ninguém pode afirmar com certeza que sabe o exato valor capaz de compensar as mais diversas ofensas. Tais ofensas atingem todo o universo de direitos decorrentes da dignidade do ser humano, e esse rol de direitos não é taxativo, indo além daqueles consagrados como direitos da personalidade.

O melhor entendimento é que o dano moral configura-se “in re ipsa”, ou seja, decorre do próprio fato, de forma que do fato lesivo já se conclui que houve dano. A dor e o sofrimento não caracterizam o dano moral, sendo apenas seus efeitos, algo ínsito ao dano, sendo importante destacar que a indenização visa reparar a ofensa, mas nunca conseguirá fazê-lo na exata correspondência de sua amplitude.

Além das dúvidas que já existiram acerca da autonomia dos danos morais, também já foi controvertida a possibilidade de cumular o dano moral e o dano mate-

17. Idem, *Ibidem*, p. 188.

rial. Logo que se passou a admitir a reparabilidade do dano moral não se via como possível a sua cumulação com o dano material, havendo o entendimento de que o dano material absorvia o moral, afastando a sua reparação, ao que Sergio Cavalieri aduz que,

fundava-se o argumento em um sofisma. Em inúmeros casos, o ofendido, além do prejuízo patrimonial, sofre também o dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material. E assim é porque o dano material, conforme já demonstrado, atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto que o dano moral ofende bens da personalidade.¹⁸

O STF, levando em consideração o alvo atingido pelo dano moral como sendo os direitos fundamentais do homem, passou a admitir a cumulação do dano moral com o dano material, desde que pleiteado pela própria vítima. Como forma de reforçar tal entendimento temos a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.”

Atendido o objeto do presente capítulo de tratar da autonomia do dano extrapatrimonial com relação ao dano material, passaremos a analisar a existência ou não de uma verdadeira indústria do dano moral ou, pior, de uma loteria do dano moral.

3. A (IN)EXISTÊNCIA DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Com o intuito de verificar como o Superior Tribunal de Justiça tem se portado frente às demandas envolven-

18. FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92.

do danos morais, foi feita uma análise dos julgados referentes a esse assunto no mês de Março do ano de 2012, selecionando os casos pertinentes ao direito civil.¹⁹

Chama atenção a quantidade de ações em sede de recurso que chegam ao STJ pleiteando a revisão do valor concedido a título de indenização por um dano moral sofrido. Só no mês em análise foram apreciadas 63 demandas, o que nos faz perguntar se não estariam nesse grupo de pessoas algumas que esperavam lucrar um pouco mais, tentar, talvez, mudar de vida após o recebimento da indenização, ressaltando, por óbvio, situações verdadeiramente legítimas, que, com certeza, podem ser verificadas.

No entanto, muitas dessas pessoas tiveram suas intenções frustradas ao se depararem com a Súmula de nº 7, de edição do próprio Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual a alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada, haja vista a impossibilidade de reexame e reavaliação de provas.

Pretende-se saber o que esse elevado número de ações alegando a ocorrência de um dano moral podem significar, haja vista que afora esse já elevado número de ações que chegam aos tribunais superiores, temos ainda uma infinidade de outros casos que permanecem na primeira instância, mas não deixam de revelar esse movimento cada vez mais intenso por

19. Consta no anexo do presente uma tabela com os resultados da referida pesquisa.

parte das pessoas de ida ao Judiciário alegando que foram ofendidas em aspectos da sua personalidade.

É bem verdade que esse aumento progressivo no número de pleitos não deixa de ser um fator positivo fruto da constitucionalização da responsabilidade civil, que reflete o desejo de aumento da proteção que o ordenamento jurídico confere às pessoas. Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes traz que,

A responsabilidade civil tem representado nos países ocidentais um papel verdadeiramente revolucionário, configurando-se como uma das instâncias primárias de medição entre as práticas sociais e a tutela jurídica. No Brasil, os impulsos transformadores carreados pelo instituto amplificaram-se a partir da promulgação da Constituição de 1988. A consequente expansão da responsabilidade, ressaltada por tantos, reforça a ideia, tornada realidade pela jurisprudência atual, segundo a qual o Direito se oferece como o instrumento por excelência indispensável para a promoção da pessoa humana.

Desse modo, a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social.²⁰

Porém, em contrapartida a essa busca por mais proteção, o Judiciário tem se visto em uma situação de verdadeira inundação, com incontáveis ações que muitas vezes não passam de frivolidades (como

20. MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22-24.

se verá com mais detalhe no próximo capítulo) e que acabam por atrapalhar o andamento da justiça, justamente pelo atraso que tais ações representam, pois ao invés de se preocupar com pedidos de indenização, muitas vezes descabidos, os juízes poderiam estar dedicando seu tempo e atenção para questões verdadeiramente importantes.

Na “Fantástica Fábrica de Chocolate” chama atenção os rios e cachoeiras de chocolate que estão por toda a fábrica e aqui são duas as associações possíveis: uma primeira nos remete ao fato do Judiciário se vê em uma situação de inundação, com pleitos por danos morais a todo lado, assim como os rios da fábrica, e uma segunda que nos mostra que o chocolate percebido por todo lado poderia ser comparado com a facilidade de propor um demanda frente ao Poder Judiciário, no entanto, quando um afoito personagem do filme se deixou fascinar por todo esse chocolate acabou sendo tragado pelas correntezas do rio, e o mesmo pode acontecer com as pessoas que, impensadamente, recorrem à jurisdição estatal alegando o dano em estudo.

Em conhecida obra sobre os danos, Patrick Atiyah traz que muitas pessoas estão desconfortáveis com a onda crescente de pedidos de indenização e um dos problemas que eles são capazes de identificar, mesmo sem nenhum conhecimento técnico, é que o sistema jurídico encoraja as pessoas a culparem as outras por seus infortúnios e esse encorajamento assume duas formas: i) as pessoas são encorajadas a pensar que as outras são responsáveis por tomar as medidas de precaução para prevenir acidentes ou infelicidades; e ii) as pessoas também são encorajadas a pensar que

é responsabilidade dos outros tomar as necessárias medidas financeiras para salvaguardar elas das perdas e desgraças. Não há a menor dúvida de que o sistema jurídico é parte responsável por isso, ajudando a criar uma “cultura da culpa” onde as pessoas possuem um forte incentivo financeiro para culpar as outras por suas perdas.²¹

O autor americano ainda elucida que alguns podem argumentar que isso é colocar as coisas de maneira errada. O sistema legal, eles podem dizer, está simplesmente respondendo às demandas públicas — se uma cultura de culpa cresceu, a lei e os juízes não são responsáveis por isso, mas de fato devem responder a ela, oferecendo compensação para aqueles que são capazes de mostrar que outros realmente são responsáveis por seus ferimentos ou perdas. Naturalmente, há alguma verdade nisto também, o fato é que a lei e a cultura pública ou ideologia se influenciam mutuamente. Mas não se pode negar que a lei tem desempenhado um importante papel na criação da atual cultura da culpa. Em particular, o “alongamento” da responsabilidade civil de tantas formas diferentes, desviando a atenção da necessidade de proteger a pessoa em primeiro lugar.²²

Apesar do referido autor está transmitindo em seu livro a realidade norte americana, o que ele defende pode perfeitamente ser visualizado na realidade brasileira, inclusive, com nuances ainda piores. É inegável a vivência de uma cultura da culpa, haja

21. ATIYAH, Patrick. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart, 1997, p. 138.

22. Idem, *Ibidem*, p. 139.

vista que é muito mais fácil culpar os outros por nossos infortúnios, e até mesmo mais rentável, do que simplesmente relevar pequenos infortúnios do dia a dia, de forma que o raciocínio fica parecido com algo como: “porque deixaria o ocorrido de lado se fosse tentar ganhar algo com ele.”

A principal alegação de Patrick Atihay é que o sistema de compensações muito se equipara com uma loteria, sendo basicamente uma questão de sorte o recebimento ou não de indenização.²³ Há uma urgência em questionar acerca da justiça desse sistema de reparações, que é duramente criticado por se mostrar ineficiente, haja vista que as análises são demoradas e os custos elevadíssimos.

Se fala na existência não apenas de um mecanismo lotérico de compensação por danos, mas também da existência de uma indústria de danos morais, haja vista que quase todas as situações que vão de encontro aos nossos interesses e nos desagradam parecem, atualmente, poder ganhar o contorno de dano moral, provando que houve uma perda de referência, de parâmetros capazes de possibilitar a identificação do que é realmente importante ao ponto de requerer uma resposta judicial.

A compensação em dinheiro deveria ser a *ultima ratio*, quando outras posturas não pudessem ser adotadas a fim de reparar o dano, ao exemplo de notas públicas corrigindo informações que porventura possam ter denegrido a imagem de outrem. Porém o nos-

23. Idem, *Ibidem*, p. 143.

so atual paradigma tem posto a resposta pecuniária como a primeira e mais viável opção.

Felizmente é possível observar uma reação por parte de alguns juízes acerca da expansão da indústria do dano moral que acaba por banalizar a configuração do dano. Nesse sentido destaca-se recente decisão emitida por nossa mais alta corte,

“RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUBSTÂNCIA AMORFA EM GARRAFA DE ÁGUA MINERAL NÃO PREJUDICIAL À SAÚDE. NÃO DEMONSTRADO O ABALO PSÍQUICO DA AUTORA. DANO MORAL INEXISTENTE. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. **Não deve o Poder Judiciário banalizar o instituto do dano moral**, de sorte a vê-lo em todas e quaisquer intempéries do cotidiano, como se viver fosse tão só um constante estado de graça desprovido de provocações modeladoras do caráter humano. De outro lado, não pode o Judiciário fazer vistas grossas ao abuso do exercício do direito de petição, especialmente diante daquela que se convencionou chamar de **‘indústria do dano moral’**. Qualquer incômodo: dano moral. Qualquer contratempo: dano moral. Qualquer desprazer: dano moral. **Imperfeições desculpáveis só as próprias; para as dos outros: dano moral!** (Recurso inominado, da 4ª Turma de Recursos de Criciúma, Juiz Relator Edir Josias Silveira Beck, julgado em 17.07.2012)” (fl. 168). No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da *Constituição Federal*, aponta-se violação ao art. 5º, *caput*, do *texto constitucional*. Sustenta-se ofensa ao princípio da isonomia. Decido. O recurso não merece prosperar. Inicialmente, não se verifica, nos autos, comprovação do recolhimento do preparo. Destaco que a jurisprudência

deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da necessidade de comprovação do recolhimento do preparo no momento da interposição do extraordinário, sob pena de não conhecimento do recurso. Cito, a propósito, precedente desta Corte: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO PREPARO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESERÇÃO. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI-AgR 538.346, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 5.12.2011). Além disso, no caso, o recorrente não demonstrou de que forma o acórdão recorrido teria afrontado a *Constituição* da República, cingindo-se a suscitar apenas o princípio constitucional da isonomia. A orientação sumulada desta Corte é no sentido de que é inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. Registre-se que é necessária, para a admissão do recurso extraordinário, a demonstração efetiva de ofensa à *Constituição Federal*, o que não ocorreu no caso dos autos, motivo pelo qual incide, na hipótese, o Enunciado 284 da Súmula do STF. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULAS STF 284 E 287. 1. Razões do agravo regimental que não atacam o fundamento da decisão impugnada. 2. É imprescindível para a admissão do apelo extremo previsto no art. 102, III, da *Constituição Federal* que a demonstração de ofensa à norma constitucional seja posta com clareza, o que não foi suficientemente feito pela parte recorrente. Súmu-

las STF 284 e 287. Precedentes. 3. Recurso Extraordinário interposto com base no art. 102, III, a e c, da *Constituição Federal*, sem indicação de dispositivos constitucionais na petição do recurso. 4. Inexistência de argumento capaz de infirmar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (grifei) (AI-AgR 786.680, Rel. Min. ELLLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 30.6.2011) Ainda que assim não fosse, melhor sorte não assiste à parte recorrente. Isso porque, com relação ao mérito, o acórdão impugnado consignou o seguinte: “**Embo-ra desagradável**, a situação experimentada pela autora, tenho que **não está configurado o dano moral** e os aborrecimentos, frustrações e diversos embaraços relatados configuram **mero dissabor**, que não excede o limite do tolerável, sob pena de inviabilizar a vida em sociedade, insuscetível, pois, de autorizar indenização por dano extrapatrimonial.”²⁴

A solução para esse problema no qual estamos inseridos passa por uma questão de educação. Patrick Atiyah desenvolve essa ideia, trazendo que é preciso educar o público para melhor entender a natureza do sistema no qual vivem e educar também os advogados.²⁵ Sem dúvidas se houvesse uma tomada geral de consciência por parte dos advogados esse problema seria, em parte, resolvido, posto que deixariam a ganância de lado e passariam a alertar seus clientes para a desnecessidade da demanda. Acontece que o

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n° 736065-SC*. Partes: Jagna de Oliveira e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 26/03/13. Publicado no DJe em 03 de abril de 2013 (negrito nosso). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2013.

25. Idem, *Ibidem*, p. 173-174.

sofrimento humano, por menor que seja em uma dada situação, tem sido explorado ao máximo pela própria vítima, pelo advogado, que também pode se beneficiar com tal exploração, e mesmo pela mídia.

É preciso adotar uma nova perspectiva acerca da responsabilidade civil. Anderson Shreiber, em sua conhecida obra *Novos paradigmas da responsabilidade civil* chama atenção para as mudanças percebidas ao longo do tempo, destacando a erosão dos filtros tradicionais da reparação e criticando a postura dos julgadores que buscam a aclamada “solidarização da responsabilidade civil”, mas o fazem pela metade. Diz o autor,

No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexos causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A erosão dos filtros da reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juizes com relação a uma disciplina secular — como desejam os cultores da responsabilidade civil —, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade.

A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando ônus indenizatório sobre um único — e, muitas vezes, randômico — responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao

individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano da vítima.²⁶

Somos surpreendidos a cada instante com hipóteses inusitadas, e a solução para o contorno está na realização de uma efetiva seleção dos interesses merecedores de tutela, e com relação a isso Schreiber traz seis critérios que são insuficientes e impróprios para tal seleção, que passamos a expor brevemente:

a) Insuficiência do recurso aos direitos subjetivos, posto que é errado defender que tal seleção deva ser feita pelo legislador, nas palavras do autor “a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade contemporânea.”²⁷ E impossível fixar de forma inflexível quais seriam os interesses merecedores de tutela.

b) Insuficiência da simples alusão à dignidade humana, pois “o caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade, como incorporado, hoje, pela esmagadora maioria das constituições, afasta uma utilidade concreta definitiva que pudesse se lhe atribuir como critério selecionador dos danos ressarcíveis.”²⁸ A dignidade da pessoa humana não se

26. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7.

27. Idem, *Ibidem*, p. 120.

28. Idem, *Ibidem*, p. 122.

apresenta como critério, antes, é sua fluidez que traduz a necessidade de ir em busca de critérios satisfatórios. Ainda, “a alusão descomprometida à dignidade humana periga resultar, ao contrário, na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger, de forma semelhante ao que começa a ocorrer no direito brasileiro com a boa fé objetiva.”²⁹

c) Impropriedade do critério da gravidade da ofensa, levando em conta que a gravidade não pode ser utilizada como parâmetro balizador acerca de qual lesão é ou não ressarcível, “podendo, no máximo, ser levada em conta na quantificação da indenização e não já na aferição do dano.”³⁰

d) Impropriedade do critério da dor, uma vez que a dor não é fator imprescindível para a configuração do dano, ao que o autor faz a constatação de que mesmo uma pessoa que fosse insensível à dor por questões patológicas, ou que fosse masoquista, faria jus a reparação, aduzindo que, “a toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consensualístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial.”³¹

e) Impropriedade do critério da utilidade pública e da eficiência econômica. O primeiro, referente à utilidade pública, é falho porque nada sugere que os interesses coletivos devam sempre prevalecer frente aos interesses individuais, e em verdade muitas vezes

29. Idem, Ibidem, p. 124.

30. Idem, Ibidem, p. 127.

31. Idem, Ibidem, p; 129.

os interesses coletivos cedem aos individuais; quanto à questão da eficiência econômica o autor traz que “fatores econômicos dessa espécie, e a própria lógica utilitarista que os inspira, talvez devam guiar medidas de política judiciária e reformas legislativas da responsabilidade civil, mas não parecem consistir em critérios adequados a nortear a decisão judicial sobre casos individuais.”³²

f) Impropriedade do critério da relevância social, posto que “tal construção funda-se em um esquema meramente formal, remetendo, sem nenhuma contribuição substancial, o problema da seleção dos danos ressarcíveis a uma percepção excessivamente subjetiva do juiz.”³³

O critério para a seleção não pode ser estanque nem prévio, antes o que deve ocorrer é uma seleção feita quando se estiver diante do caso concreto, pois só suas peculiaridades serão capazes de tornar possível a identificação dos elementos que justifiquem o ressarcimento. E cerca dessa questão o autor arremata trazendo que,

O juízo do merecimento de tutela, a cargo das cortes, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar à luz das circunstâncias peculiares. Deixa-se, assim, de se perseguir a enumeração de novos interesses protegidos pelo orde-

32. Idem, Ibidem, p. 133.

33. Idem, Ibidem, p. 134.

namento jurídico de forma geral e abstrata — tarefa exclusiva do Poder Legislativo — e se passa simplesmente a definir, em cada caso concreto, o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos. Com isto, revela-se uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina: a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas, também e sobretudo, face ao interesse que se lhe contrapõe.³⁴

Constatada a polêmica em torno da existência da loteria/indústria de dano moral, restou evidente a necessidade de uma seleção casuística dos interesses merecedores de tutela quando da alegação de que houve um dano moral. Porém tal seleção tem se traduzido em um trabalho difícil diante da frequência das chamadas demandas frívolas, que serão a seguir analisadas.

4. O RIO DAS DEMANDAS FRÍVOLAS

O presente capítulo intenta analisar o que a doutrina vem chamando de “novos danos”, buscando verificar até que ponto a abertura do nosso ordenamento para a adoção dessas novas demandas não implicaria em perda de tempo e dinheiro com frivolidades, com questões que, em verdade, fazem parte do dia a dia de todos os seres humanos que vivem em sociedade e que, portanto, não deveriam ser alvo de preocupação do Judiciário. Temos então uma pungente necessidade de estabelecimento de limites, pois, caso contrário, o sim-

34. Idem, *Ibidem*, p. 138.

ples fato de alguém não responder a um “bom dia” pas-sará a importar dano moral suscetível de indenização.

Literalmente, entende-se por frívolo,

adj.

1. Que não tem importância, que é sem valor.

adj. s. m.

2. Que ou quem se preocupa com coisas fúteis ou que age sem pensar = LEVIANO.

3. Que ou quem é instável, volúvel ou muda facil-mente de ideias = INCONSTANTE.³⁵

Em capítulo destinado à análise desses novos da-nos, Schreiber destaca uma expansão tanto qualitati-va, quanto quantitativa, a saber,

O primeiro prisma sob o qual a expansão do dano ressarcível costuma ser identificada é sempre o quan-titativo. Aponta-se, em muitas partes, o aumento do número de ações de ressarcimento e não faltam esta-tísticas alertando para o vertiginoso crescimento [...].

[...] No Brasil, por exemplo, não se pode ignorar, nes-ta temática, o progressivo desmoronar de barreiras processuais que veio assegurar a extensa camada da população, antes marginalizada, o efetivo aces-so ao Poder Judiciário como meio de realização da Justiça. A criação dos Juizados Especiais, a gratui-dade de acesso às cortes, o empenho — inversamen-te proporcional ao aparelhamento — da Defensoria Pública, o crescente recurso a ações coletivas e ou-tros novos instrumentos de ordem processual têm provocado uma verdadeira revolução que contribui significativa e **saudavelmente**, para um aumento

35. Definição disponível para acesso no endereço eletrônico: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=fr%C3%ADvola>>.

quantitativo das ações de indenização e dos danos efetivamente ressarcidos.

À parte essa expansão quantitativa, verifica-se, em todo mundo, e de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis. De fato, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e, de outro lado, a verificação de danos demasiado abrangentes, identificados com interesses transindividuais ou supra-individuais, que passam a ser considerados dignos de proteção, vieram exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação.³⁶ (grifo nosso)

Nos causa temor aquilo que o autor entende como um crescimento saudável do número de indenizações, pois tal fenômeno não parece benéfico para o desenvolvimento das atividades jurisdicionais. Récio Cappelari traz em sua obra intitulada “Os Novos Danos à Pessoa” uma série de novas possibilidades que passamos a reproduzir de forma a criticá-las.

A primeira delas representa o dano moral decorrente ao prejuízo de lazer,

Tal importa em verdadeira limitação, ou sob forma mais grave, na própria impossibilidade da prática de atividades esportivas ou artísticas que, normalmente são apreciadas e exercitadas pelo danificado, as quais lhe proporcionam verdadeira alegria, felicidade e até

36. Idem, *Ibidem*, p. 82-83.

mesmo bem-estar físico e espiritual, além de outros efetivos prazeres tais como viagens e passeios, além da própria gastronomia ou outras demais possibilidades apreciadas pelas pessoas, individualmente.³⁷

Reputamos desnecessária tal especificidade, haja vista que, se por exemplo, uma pessoa sofre um acidente de trabalho e vem a ser amputada, o valor pago a título de indenização por dano moral já englobaria tais desdobramentos, de forma que se passarmos a pormenorizar tudo aquilo que a pessoa deixará de poder fazer e considerarmos como um *plus* ao valor de indenização por representar um dano específico, isso acabará por inviabilizar a chegada a um *quantum* base, nos levando a uma gama infinita de situações.

O referido autor tem por base a obra de Sérgio Severo e como seu discípulo trata também do chamado prejuízo juvenil, nesse aspecto Severo aponta que,

Sabe-se que na infância e na juventude, o ser humano estabelece, através das brincadeiras e do convívio com a sua turma, os pontos referenciais de sua existência.

Desta forma, o prejuízo juvenil corresponde a um *plus* em face da importância que as atividades de lazer têm para a formação da personalidade das crianças e dos jovens.³⁸

Verifica-se que nesse ponto de estabelece um agravante (o fato de ser jovem) dentro de outro agravante

37. CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 146.

38. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 156.

(o prejuízo ao lazer), caindo no mesmo equívoco acima apontado de especificar em demasia os danos morais ocorridos, além do que parece um entendimento discriminatório, posto que, não se pode pré-estabelecer que os jovens e crianças seriam mais afetados com o dano do que um adulto ou idoso, sendo indispensável a análise de cada caso concreto, defendendo mais uma vez que tais ponderações já estariam incluídas no valor fixado de forma geral a título de indenização.

Frisa-se que tanto o prejuízo ao lazer como à juventude estariam inseridos em uma categoria de danos chamada de “danos à vida de relação.”

Trata, ainda, do dano estético como uma categoria autônoma que pode ser cumulada com o dano moral, porém, é preciso ter cuidado com a extensão dada a seu significado, com relação a tal dano,

[...] é uma modalidade que já comporta importante aceitação, tanto pela doutrina, como pelas jurisprudências estrangeira e nacional, manifestando-se como uma irregularidade física visível ou não, além de permanente ou meramente temporária, que apesar de não necessitar converter o sujeito em um monstro, afeta sua anatomia exterior ao invés de sua psique ou intelecto. Tal estigma pode recair tanto no rosto como em outras partes do corpo humano, quer sob a forma de cicatrizes, perda de cabelos, peças dentárias, alterações da pele ou qualquer outro tipo de defeito físico que altere pejorativamente a aparência externa do lesado, gerando-lhe menoscabo ao seu aspecto e conformação existentes antes do evento lesivo.³⁹

39. CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 150.

A necessidade de imposição de limites está justamente porque não é qualquer hipótese que deve se enquadrar como dano estético, cabendo aqui uma crítica à definição ampla concedida pelo autor, de acordo com o qual, qualquer cicatriz, mesmo que temporária, poderia ensejar tal dano. É preciso seguir padrões mínimos de razoabilidade quando da admissão das demandas, ponderando sobre o que de fato é relevante, pois não considero válido “incomodar” o Judiciário para requerer, por exemplo, indenização por uma cicatriz sabidamente temporária, fruto de algum procedimento dermatológico.

Apesar das ressalvas apontadas nossos Tribunais têm admitido o dano estético como categoria autônoma de possível cumulação com danos morais, como exemplos temos os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTEFERROVIÁRIO. QUEDA DE TREM. DANOS MATERIAL E MORAL RECONHECIDOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DANO ESTÉTICO AUTÔNOMO. DIREITO À REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. “É lícita a **cumulação das indenizações de dano estético e dano moral**” (Súmula 387/STJ), ainda que derivados de um **mesmo fato**, mas desde que um e outro **possam ser reconhecidos autonomamente**, sendo, portanto, passíveis de identificação em separado.

2. Na hipótese em exame, entende-se configurado também o dano estético da vítima, além do já arbitrado dano moral, na medida em que, em virtude de queda de trem da companhia recorrida, que trafegava de portas abertas, ficou ela acometida de “tetraparesiaespástica”, a qual consiste em lesão medu-

lar incompleta, com perda parcial dos movimentos e atrofia dos membros superiores e inferiores. Portanto, entende-se caracterizada deformidade física em seus membros, **capaz de ensejar também prejuízo de ordem estética.**

3. Considera-se indenizável o dano estético, **autonomamente à aflição de ordem psíquica**, devendo a reparação ser fixada de forma **proporcional e razoável.**

4. Recurso especial provido.⁴⁰

E,
AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I. É **lícita** a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (Súmula STJ/387). Agravo Regimental improvido.⁴¹

Anderson Schreiber também traz vários exemplos de novos danos, se valendo, inclusive, de exemplos da jurisprudência internacional, como a Corte Italiana, que reconhece expressamente danos como o dano à vida de relação, o dano pela perda de concorrenciali-

40. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 812506-SP*. Recorrente: Fernando dos Santos. Recorrido: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Relator: Ministro Raul Araújo. Publicado no DJe em 22 de abril de 2012 (negrito nosso). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2013.

41. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1182125-AM 2012/0034399-2*. Agravante: Aruana Transportes LTDA. Agravado: José Carlos Silva Borges. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Publicado no DJe em 12 de Maio de 2010 (negrito nosso). Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 abr. 2013.

dade, o dano por redução de capacidade laboral genérica, o dano sexual, entre outros.⁴²

Além desses são trazidos exemplos curiosos que nos chamam atenção para possível aceitação em um futuro não muito distante no ordenamento pátrio caso as coisas continuem do modo como estão, como o dano de férias arruinadas por conta de frustrações com o cumprimento das prestações pelos agenciadores de viagens de turismo, há também o dano de emissão de ruído caracterizado pela perturbação da serenidade pessoal de cada um. O autor destaca demandas com as quais as cortes brasileiras já estão tendo que lidar, como o dano moral decorrente do “rompimento de noivado”, da “separação após a notícia da gravidez” e do “abandono afetivo” de filhos e cônjuges⁴³, chegando a se falar mesmo em dano moral decorrente da “ausência de amor e carinho.”⁴⁴

São exemplos que parecem se enquadrar perfeitamente no conceito de demandas frívolas que buscamos explorar, ficando perguntas como: “será que eu, enquanto pessoa com livre escolha para manutenção dos meus relacionamentos, preciso me manter em um noivado, simplesmente por ter que vir a arcar com uma indenização caso ele seja desfeito? Até que ponto o Estado pode intervir em minha vida pra dizer se devo ou não permanecer em um relacionamento?.” Diferente, por óbvio, é o abandono do futuro cônjuge no altar no dia do casamento, posto que aqui há uma maior noto-

42. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89.

43. Idem, *Ibidem*, p. 90-91.

44. Idem, *Ibidem*, p. 96.

riedade do vexame, e com relação a isso nossos Tribunais já vem se posicionando, a título de exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS EFETUADAS COM OS PREPARATIVOS PARA O CASAMENTO.

1. É cediço que **inexiste no ordenamento jurídico pátrio o direito à celebração de casamento**, eis que, consoante o disposto no artigo 1.514 do Código Civil, o casamento pressupõe a manifestação voluntária da vontade dos nubentes, de forma que **não configura ato ilícito o mero rompimento de noivado, se não demonstradas maiores repercussões do fato que se traduzam em ofensa à dignidade da pessoa.**

2. Configurada, na hipótese, a **conduta ilícita do apelante**, considerando as **peculiaridades do caso**, impõe-se o dever de indenizar pelos danos causados, estando o quantum razoavelmente arbitrado.

3. Devido o ressarcimento à autora dos valores despendidos com os preparativos para a realização da cerimônia de casamento por aquele que deu causa à rescisão, bem como dos demais gastos referentes ao imóvel em que viriam a residir, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do réu. Todavia, devem ser consideradas somente as despesas efetivamente despendidas.

4. Provimento parcial do recurso apenas para alterar o valor da reparação pelos danos materiais. Vendido o Des. Pedro Freire Raguenet.⁴⁵

45. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ape-
lação Civil 0012283-79.2007.8.19.0204*. Des. Benedicto Abicair.
Julgamento em 24 de agosto de 2011 (negrito nosso). Disponível
em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 21 abr. 2013.

A pesquisa jurisprudencial feita acerca das demandas apreciadas no mês de Março de 2012, envolvendo dano moral, pelo Superior Tribunal de Justiça também trazem situações que configuram demandas frívolas passíveis de crítica.

Podemos citar como exemplo o caso em que uma pessoa teve divulgada em um jornal uma informação equivocada acerca do seu grau de escolaridade, porém, ao requerer indenização por danos morais ao Tribunal *a quo* seu pedido foi negado por não ter se verificado tal dano, ao que recorreu ao STJ que manteve o entendimento no sentido de que não houve excesso ou abuso do direito de informar, de forma a não caber indenização. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. NÃO RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE EXCESSO, NEM ABUSO NO DIREITO DE INFORMAR. OMISSÃO NÃO RELEVANTE PARA O DESLINDE DA CAUSA. SÚMULA 07 E 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.⁴⁶

Em outro julgado a situação que se apresentou foi de um assalto no interior de um caixa eletrônico enquanto o agravado realizava um saque, onde o dano moral foi alegado tendo por base a falta de segurança do banco e o Banco Bradesco requereu a diminuição

46. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1355736/PR*. Agravante: Luis Guilherme Gomes Mussi. Agravado: Editora O Estado do Paraná S/A. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Publicado no DJe em 16 de março 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

do *quantum* de R\$ 20.750, porém o STJ manteve o valor. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – SERVIÇO BANCÁRIO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – SEGURANÇA – ASSALTO NO INTERIOR DE CAIXA ELETRÔNICO – RESSARCIMENTO DEVIDO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.⁴⁷

A ordem da crítica a tal decisão está na configuração do dano moral. Não há dúvidas de que deve haver uma reparação pelas perdas materiais, posto que a segurança é, de fato, responsabilidade da instituição financeira, ao que, inclusive, o próprio STJ já consolidou entendimento no sentido da desnecessidade de prova da culpa⁴⁸. Porém não considero

47. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1273445-SP. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravado: Benedito de Souza Ribeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma. Publicado no DJe em 02 de março 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

48. O Ministro Massami Uyeda trata dessa consolidação de entendimento em seu voto e traz precedentes: “a instituição financeira responde independentemente de culpa pelos danos decorrentes, cumprindo ao consumidor provar, tão-somente, o dano e o nexo de causalidade, como *in casu*.”

Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÃO JURÍDICA LEVANTADA NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REVISÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA STJ/7. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. (...) 3- A instituição financeira responde pela segurança em seus estabelecimentos. Precedentes. (...) 6- Agravo Regimental improvido.’ (AgRg no AREsp 11.326/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 09/09/2011)

‘CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE

plausível a configuração de dano moral, posto que, infelizmente, estamos sujeitos a assaltos no convívio em sociedade, sendo plausível o seguinte questionamento “se o assalto gera um dano moral passível de compensação, devo recorrer ao poder público para que me indenize se houver um assalto em via pública?”. A esse argumento podem se contrapor alegando que em hipótese de estabelecimentos particulares a segurança deve ser garantida pelo local, porém, defendendo que se for constatado que todas as providências de segurança haviam sido tomadas e eram operantes não há como configurar situação que enseje dano moral.

O presente capítulo teve por objetivo elucidar a existência e expansão das demandas frívolas, que envolvem de tal forma o Judiciário reclamando uma tomada de posição, que fazem com que se torne necessário saber distinguir “o joio do trigo” se pautando em critérios de razoabilidade e proporcionalidade diante de cada caso concreto.

CIVIL. ASSALTO EM CAIXA ELETRÔNICO OCORRIDO DENTRO DA AGÊNCIA BANCÁRIA. MORTE DA VÍTIMA. DEVER DE INDENIZAR. (...)

II. Inocorrendo o assalto, em que houve vítima fatal, na via pública, porém, sim, dentro da agência bancária onde o cliente sacava valor de caixa eletrônico após o horário do expediente, responde a instituição ré pela indenização respectiva, pelo seu dever de proporcionar segurança adequada no local, que está sob a sua responsabilidade exclusiva.

III. Recurso especial não conhecido.” (REsp 488310/RJ, Rel. p/ Acórdão MIN. Aldir Passarinho Junior, DJ 22/03/2004).

Ainda, no mesmo sentido: REsp 640.196/PR, Rel. Min. Castro Filho, DJ 01/08/2005 e REsp 782.898/MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04/12/2006.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maneira como nosso sistema de reparação por danos morais tem se apresentado deve ser alvo de atenção de juristas e estudiosos a fim de quem não venhamos a ser definitivamente taxados como um país possuidor de uma potente indústria de danos morais, que fabrica inúmeras decisões acolhendo a demandas frívolas e criando com isso precedentes perigosos.

Não devemos querer ser essa fábrica, que de fantástico não trará nada para nós. Basta pensar em como as coisas são produzidas em uma fábrica: em larga escalada, de maneira automatizada e por vezes irrefletida, não sendo esse o caminho que deve trilhar o sistema jurídico pátrio, antes, as decisões precisam ser muito bem refletidas e fundamentadas levando em conta as particularidades de cada situação.

Precisa ser pacífica a percepção de que existem questões do dia a dia que devem ser absorvidas pela vida em sociedade, afinal, se acharmos que é possível o convívio sem sofrer nenhum tipo de insatisfação, desgosto ou infortúnio estaremos muito enganados e, porque não dizer, iludidos.

O problema apresentando passa, para ser solucionado, por uma necessidade de repensar a própria responsabilidade civil, marcada por novos paradigmas, haja vista que, os juízes terão que se posicionar por mais absurdas que sejam as demandas apresentadas e para tanto os critérios de seleção dos interesses mercedores de tutela devem ser equilibrados de forma a não “fechar as portas” do Judiciário, mas também que não admitam a banalização do instituto do dano moral.

No filme com o qual se busca fazer uma comparação Wonka sabia que ao final da visita das cinco crianças teria que fazer uma importante escolha acerca de quem o sucederia no comando da fábrica, e por conta disso cada local visitado representava um teste de comportamento a fim de saber quem faria jus a sucessão. Assim como fez o dono da fábrica, é preciso separar o que importa e é relevante daquilo que apenas atrapalha e não condiz com a precípua finalidade da satisfação por danos morais, que, longe de ser o enriquecimento alheio, é a proteção dos reflexos da dignidade da pessoa humana, reflexos esses que, com certeza, são relevantes e fundamentais para o normal desenvolvimento da vida em sociedade e não meros desgostos ou elucubrações que visam explorar ao máximo os acontecimentos que desagradem ao homem.

6. REFERÊNCIAS

- FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto. *Dano moral: proteção jurídica da consciência*. 3. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material: reparações*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1995.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ATIYAH, P. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2. ed. Atlas, 2009.

CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa: na perspectiva da repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

ANDRADE, André Gustavo C. A evolução do conceito de dano moral. *Revista Forense*, v. 375, ano 100, set./out. 2004.

Endereços eletrônicos:

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.tjrj.jus.br>

<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=fr%C3%ADvola>

<http://www.br.warnerbros.com/movies/chocolatefactory/>

<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-52933/>

7. ANEXO

Resultado da análise dos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça no mês de março de 2012, referentes a “dano moral” na área cível.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 131557 / RS

Publicação da decisão: 30/03/2012

Relator(a): Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Direito alegadamente lesado: Direito ao nome “limpo”

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; manutenção do valor da indenização.

Indenização final por dano moral: R\$500,00. O valor se mostrou abaixo dos demais porque aqui a pessoa de fato não pagou a fatura e teve seu nome negativado, porém, após regularizar sua situação o seu nome não foi retirado do cadastro de inadimplentes, então foi por conta da permanência indevida do seu nome no cadastro que se pediu indenização.

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 111787 / SP

Publicação da decisão: 23/03/2012

Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES

Direito alegadamente lesado: Direito de ter acesso ao serviço após o adimplemento da prestação acerca do serviço de água.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; manutenção da indenização que já tinha sido reduzida de R\$ 10.000,00 para R\$5.000,00.

Indenização final por dano moral: R\$5.000,00.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 102796 / RJ

Publicação da decisão: 23/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: O relatório não especifica do que se trata.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; manutenção da indenização concedida pela tribunal de origem.

Indenização final por dano moral: Valor não é citado no relatório ou no voto do relator.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1393699 / MS

Publicação da decisão: 28/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Odômetro do carro foi alterado pela loja que vendeu o carro.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; manutenção da indenização concedida pela tribunal de origem.

Indenização final por dano moral: R\$10.000,00.

Número do processo no STJ: EDcl no REsp 1191428 / PA

Publicação da decisão: 27/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Teve direito lesado com o envio de fatura indevida e consequente bloqueio do aparelho celular.

Recurso provido? Embargo acolhido no que se refere à omissão com relação aos juros moratórios e correção monetária; redução de indenização que nas instâncias ordinárias foi de R\$61.370,00.

Indenização final por dano moral: R\$5.000,00.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 40785 / RS

Publicação da decisão: 26/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Recorre à decisão que estabeleceu a indenização em decorrência de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; valor mantido.

Indenização final por dano moral: R\$7.000,00.

Número do processo no STJ: REsp 794586 / RJ

Publicação da decisão: 21/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Direito à imagem. A TV Globo está recorrendo ao valor fixado como indenização por haver usado a imagem do autor no quadro “pegadinhas do consumidor” do “Domingão do Faustão”; o autor alegou que a imagem foi filmada à sua revelia e alega ter sido exposto ao ridículo. Em seu voto o relator concluiu que a utilização econômica da imagem do recorrido, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, constitui ato ilícito indenizável.

Recurso provido? Provido com relação à redução do valor.

Indenização final por dano moral: De R\$ 100.000,00 para R\$ 30.000,00.

Número do processo no STJ: REsp 685933 / DF

Publicação da decisão: 29/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Político requer majoração por dano à honra e dignidade. Trata-se de uma situação em que um político foi acidamente criticado pela revista Veja.

Recurso provido? Desprovido.

Indenização final por dano moral: Inicialmente tinha havido uma queda de R\$10.000 para R\$ 5.000 pela Corte local e foi mantida em R\$ 5.000.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 1150463 / RS

Publicação da decisão: 22/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Direito alegadamente lesado: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto; caso de negativa de cobertura de cirurgia de coluna pelo plano de saúde.

Recurso provido? Desprovido; situação não caracteriza mesmo dano moral.

Indenização final por dano moral: Não coube indenização, por não ser dano moral e se manteve os honorários advocatícios que foram questionados.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 114095 / GO

Publicação da decisão: 28/03/2012

Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA

Direito alegadamente lesado: Direito à integridade física; pessoa que contraiu tuberculose tipo III trabalhando no hospital de doenças tropicais de Goiás; acidente de trabalho.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 80.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 95021 / RJ

Publicação da decisão: 16/02/2012

Relator(a): Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Direito alegadamente lesado: Dano moral decorrente do não fornecimento de água pela companhia de água e esgotos.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1387520 / SC

Publicação da decisão: 20/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 15.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 104569 / SP

Publicação da decisão: 19/03/2012

Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 6.975.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 998429 / SP

Publicação da decisão: 23/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Dano moral decorrente do evento lesivo que ocasionou a morte do companheiro e pai dos recorridos.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção da indenização fixada em 200 salários mínimos para cada um dos autores.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 990811 / ES

Publicação da decisão: 23/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de protesto indevido em situação de endosse de caução.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1413481 / RJ

Publicação da decisão: 19/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano reflexo aos irmãos da vítima morta em acidente aéreo.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção da indenização fixada em R\$ 80.000.

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 703305 / RS

Publicação da decisão: 19/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de acidente em escada de condomínio.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. n° 7.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 111657 / SP

Publicação da decisão: 19/03/2012

Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito em virtude de débito em conta corrente aberta por terceiro utilizando-se de documentos falsos.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7 e determinou-se pagamento de multa de 5%.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 5.500.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 32650 / SP

Publicação da decisão: 20/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de indevida alegação de existência de débito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. n° 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 5.000.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1345989 / SP

Publicação da decisão: 23/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Direito à imagem; pessoa pública; revista de grande circulação [fim comercial].

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do calor fixado em R\$ 110.00 para os quatro autores, ou seja, R\$ 25.000 para cada um.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 8982 / RS

Publicação da decisão: 30/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de título quitado protestado indevidamente.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 4.000.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1371645 / DF

Publicação da decisão: 16/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Ofensa ao direito à imagem; dano decorrente de informação incorreta posta na lista telefônica [“menor qualidade”, ao invés de “melhor qualidade”]; dano presumível.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1355736 / PR

Publicação da decisão: 16/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano de informação errônea acerca da escolaridade.

Recurso provido? Não foi reconhecido pelo tribunal de origem como dano a ensejar indenização.

Indenização final por dano moral: Mantido o entendimento de que não houve excesso ou abuso do direito de informar; não coube indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 957880 / SP

Publicação da decisão: 14/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$ 5.479.

Número do processo no STJ: REsp 1304110 / RJ

Publicação da decisão: 14/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrendo do plano de saúde à internação do filho da recorrente.

Recurso provido? Recurso especial provido em parte.

Indenização final por dano moral: Fixado em R\$ 15.000 para cada um, ou seja, para o pai e para a mãe.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 27164 / PE

Publicação da decisão: 22/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de violação à honra; inspeção do medidor de energia feita de modo exagerado e alarmente gerando constrangimento.

Recurso provido? Desprovido por conta da súmula n° 7 e por tratar de competência do STF.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$10.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 56063 / RJ

Publicação da decisão: 22/03/2012

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$ 18.600.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 81510 / SP

Publicação da decisão: 08/03/2012

A FANTÁSTICA FÁBRICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inclusão indevida do nome do autor no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo do Banco Central.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$ 9.690.

Número do processo no STJ: AgRg nos EDcl no Ag 1274397 / SP

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente da perda do filho menor em atropelamento.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$ 166.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 87562 / MA

Publicação da decisão: 09/03/2012

Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Direito alegadamente lesado: Dano moral decorrente de prisão indevida.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor a ser pago pela União fixado em R\$ 50.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 71006 / GO

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Dano moral decorrente de morte por eletrocussão.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1404922 / RS

Publicação da decisão: 09/03/2012

Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável; aplicação de multa.

Indenização final por dano moral: Mantido o valor fixado em R\$ 30.000 a serem pagos solidariamente pelos dois réus.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 977219 / SP

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de violação do direito à honra e a imagem por conta de matérias jornalística de abrangência nacional e internacional.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável para atender a finalidade punitiva, educativa e compensatória.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 150.000.

Número do processo no STJ: REsp 1267752 / RS

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente da devolução aos indígenas da terra onde os colonos [recorrentes] haviam sido assentados.

Recurso provido? Recurso desprovido em razão da súmula n° 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção da posição do tribunal de origem de quem não haveria configuração de dano moral.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 10300 / SE

Publicação da decisão: 26/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de acidente de trânsito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da sùm. n° 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 25.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 86476 / SP

Publicação da decisão: 02/03/2012

Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida em cadastro de inadimplente.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 20.000, mais a fixação de multa de 1%.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 80913 / SE

Publicação da decisão: 09/03/2012

Relator(a): Ministro CESAR ASFOR ROCHA

Direito alegadamente lesado: Dano moral do pai pela morte do filho preso.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Não foi informado o valor pago a título de indenização.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1333671 / SP

Publicação da decisão: 05/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de vazamento de gasoduto.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado a título de danos morais em 50 salários mínimos.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 9990 / RJ

Publicação da decisão: 08/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de demora injustificada do serviço de reparo da rede de esgoto.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 5.000.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 1255280 / BA

Publicação da decisão: 09/03/2012

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de protesto indevido de títulos oriundos de duplicatas falsificadas por terceiros.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado pelo STJ em R\$ 100.000, que já havia chegado a esse valor por redução, pois o valor fixado pelo Tribunal de origem foi de R\$ 450.000.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1336455 / SP

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de contrato bancário firmado por fraudador.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súm. nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 6.000.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1353037 / MA

Publicação da decisão: 06/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de negativa de cobertura do plano de saúde de prótese necessária para sucesso do tratamento médico.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido.

Indenização final por dano moral: Essa decisão confirmou ser caso de cabimento de dano moral já pacífico na jurisprudência; valor não foi informado.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1375913 / SP

Publicação da decisão: 06/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

A FANTÁSTICA FÁBRICA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de mal pagadores.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 20.000.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 1225161 / PR

Publicação da decisão: 05/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de violação do direito à honra em programa de televisão.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 50.000, não entendendo ele como exagerado.

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1388117 / RO

Publicação da decisão: 07/03/2012

Relator(a): Ministro MARCO BUZZI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 50.000 e aplicação de multa de 1% pelo caráter meramente protetivo da insurgência.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 86659 / SP

Publicação da decisão: 14/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de devolução indevida de cheque.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 3.900.

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Número do processo no STJ: AgRg no Ag 1422816 / SC

Publicação da decisão: 01/03/2012

Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente pelo fato da parte agravada ter respondido a processo de execução fiscal por dívida gerada pelo não pagamento por parte da agravante.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável; hipótese de dano presumido.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 7.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 65343 / SE

Publicação da decisão: 06/03/2012

Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de morte em penitenciária.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável; hipótese de dano presumido.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 50.000.

Número do processo no STJ: REsp 827010 / SP

Publicação da decisão: 13/03/2012

Relator(a): Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de lesões corporais provocados pelo disparo da arma do segurança do clube.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado pelo Tribunal local em R\$ 100.000 [sendo isso já fruto de redução anterior pelo Tribunal local, pois o autor havia pedido R\$ 1.132.416,24].

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 91746 / PR

Publicação da decisão: 08/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 7.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 85709 / RJ

Publicação da decisão: 08/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 9.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 63685 / RJ

Publicação da decisão: 08/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Dano moral decorrente de acidente de trânsito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido em razão da súmula nº 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 15.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 71333 / RJ

Publicação da decisão: 13/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de débito automático na conta corrente da autora do valor mínimo do cartão de crédito, sem a devida informação.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 3.000, não o considerando exorbitante ou irrisório.

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 84349 / RS

Publicação da decisão: 13/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 15.300 considerando as forças econômicas do autor da lesão.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 83992 / RS

Publicação da decisão: 12/03/2012

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 7.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 61053 / RJ

Publicação da decisão: 02/03/2012

Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de ação de busca e apreensão indevida.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 15.000.

Número do processo no STJ: AgRg no AREsp 53196 / MT

Publicação da decisão: 01/03/2012

Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de protesto indevido de duplicata.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 20.000.

Número do processo no STJ: AgRg no REsp 1273445 / SP

Publicação da decisão: 02/03/2012

Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de assalto no interior de caixa eletrônico; falha na segurança do banco.

Recurso provido? Agravo regimental desprovido por conta da súmula n° 7; valor considerado razoável.

Indenização final por dano moral: Manutenção do valor fixado em R\$ 20.750.

Número do processo no STJ: EREsp 951514 / SP [embargos de divergência em recurso especial].

Publicação da decisão: 19/03/2012

Relator(a): Ministro FRANCISCO FALCÃO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de tetraplegia adquirida por policial de 24 anos durante repressão à assalto.

Recurso provido? Não conheceu dos embargos de divergência.

Indenização final por dano moral: R\$ 1.140.000.

Número do processo no STJ: REsp 1179125 / RJ

Publicação da decisão: 30/03/2012

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de violação de direito de propriedade industrial.

Recurso provido? Recurso especial da distribuída conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. Recurso especial da ex-distribuidora não conhecido. Recurso especial da nova distribuidora conhecido e desprovido; era necessário provar ofensa ao direito à honra ou à reputação do titular da marca.

Indenização final por dano moral: Não se reconheceu a existência de dano moral.

Número do processo no STJ: REsp 1263973 / DF

Publicação da decisão: 29/03/2012

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de violação do direito à honra de autoridades públicas com publicação em revista de circulação nacional.

Recurso provido? Recurso conhecido em parte, e provido nesta parte.

Indenização final por dano moral: R\$ 20.000 + multa de 1% por litigância de má fé.

Número do processo no STJ: REsp 1044527 / MG

Publicação da decisão: 01/03/2012

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de morte em acidente de trânsito; dano moral dos pais e filhos da vítima.

Recurso provido? Recurso especial parcialmente provido.

Indenização final por dano moral: De cerca de R\$ 50.000 [50 salários mínimos para o filho e 50 para ser dividido entre os pais] foi para 300 salários mínimos para cada um, posto que o STJ considerou o valor irrisório.

Número do processo no STJ: REsp 914329 / RJ

Publicação da decisão: 30/03/2012

Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Direito alegadamente lesado: Dano decorrente de erro médico em caso de fecundação *in vitro*; deixou de prestar assistência pós-cirúrgica.

Recurso provido? Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

Indenização final por dano moral: Manteve o valor fixado em R\$300.000.

Capítulo VI

A vontade do Estado e
a vontade da vítima no âmbito
do processo penal brasileiro
e do direito penal brasileiro

Laís Pires Ferreira
Lucas Araújo Mascarenhas
Sarah Cabral Ferreira Bispo

Alunos da Faculdade Baiana de Direito, 2º semestre.
E-mails: laispiresferreira@gmail.com
lucas_mascarenhas1@hotmail.com
sarahcabralf@hotmail.com

A vontade do Estado e a vontade da vítima no âmbito do processo penal brasileiro e do direito penal brasileiro

Resumo: Este artigo trata de como o Estado e a vítima são qualificados frente o processo e o direito penal brasileiro. É revelada a importância de ambos como “atores” do ordenamento jurídico e as formas de atuação tanto do Estado quanto da vítima em diferentes realidades tuteladas pelo direito. Instiga-se no texto, com base em normas e doutrinas, uma reflexão sobre qual vontade (do Estado ou da vítima) se sobrepõe diante da valorização de interesses diversos.

Palavras-chave: Vontade do Estado. Vontade da Vítima. Processo Penal Brasileiro. Direito Penal Brasileiro.

Sumário: 1. Introdução — 2. A vontade da vítima e o direito processual penal: 2.1. Crimes de ação penal pública; 2.1.1. Condicionada a representação; 2.1.2. Incondicionada; 2.2. Crimes de ação penal pública de iniciativa privada — 3. A vítima e o direito penal: 3.1. Sujeito passivo mediato e imediato; 3.2. vitimologia e vitimodogmatica: redescobrimto da vitima; 3.3. O direito penal e a função de proteção aos bens jurídicos — 4. A vontade da vitima e a ação penal: 4.1. A vontade da vítima ante o interesse público estatal; 4.2. O caráter ins-

trumental do processo penal e o interesse da vítima — 5. Considerações finais — 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como principal fundamento para a sua elaboração casos que ocorreram devido à síndrome de Estocolmo, um distúrbio psicológico que leva as vítimas a defenderem seus agressores, logo objetivavam impedir o seu processamento.

Através dessa empatia emocional, procuramos discutir se a vontade da vítima pode ser levada em consideração ou não. Dessa forma, analisamos a vontade da vítima e a do Estado no âmbito do processo penal e do direito penal brasileiro.

Através de uma abordagem concreta do tema far-se-á um estudo sobre a vontade da vítima e o direito processual penal, abordando os crimes de ação penal pública e privada.

Em seguida, dar-se-á importância ao estudo da vítima no contexto do direito penal, onde serão elucidadas as formas de sujeito passivo, a vitimologia e vitimodogmática, e a proteção de bens jurídicos em relação ao direito penal.

No terceiro capítulo, será analisada a vontade da vítima frente à ação penal, no âmbito de interesse público estatal, do caráter instrumental do processo penal e dos crimes de ação penal pública incondicionada.

Por fim, serão expostas as considerações finais, que traduzirão as conclusões obtidas no referente estudo.

2. A VONTADE DA VÍTIMA E O DIREITO PROCES- SUAL PENAL

2.1. Crimes de ação penal pública

A ação penal pública é aquela cujo titular da ação é o Ministério Público. Dessa forma, é o promotor de justiça que oferece a denúncia contra o possível causador do ato ilícito. O *caput* do art. 24 do CPP descreve que “nos crimes de ação penal pública, está será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”¹.

Segundo Nucci, as ações são públicas quando promovidas pelo Ministério Público e se subdividem em incondicionadas e condicionadas. A ação penal pública é incondicionada quando proposta sem a necessidade de representação ou requisição. No entanto, a mesma é condicionada quando dependente da representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça².

Dentre os princípios que regem a ação penal pública cumpre destacar, entre outros os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da oficialidade e da intranscendência.

O princípio da obrigatoriedade diz respeito à obrigação do Ministério Público de iniciar a ação penal, possuindo um mínimo de provas que sustentem essa denúncia.

1. Código de processo penal brasileiro de 1941.

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 184.

Vale ressaltar que o exercício da ação penal é do Ministério Público, o que configura o princípio da oficialidade, e que o mesmo não pode desistir da ação, fato previsto pelo princípio da indisponibilidade. É importante também frisar que, somente o autor da infração penal pode ser processado, eliminando a possibilidade de se processar criminalmente o responsável civil (princípio da intranscendência).

Encontra-se importância no art. 27 da CPP, que autoriza, nos crimes de ação penal pública, a provocação do Ministério Público por qualquer do povo, que forneça informação sobre a possível ilicitude ocorrida³.

2.1.1. Incondicionada

A ação penal pública incondicionada se aplica para a maioria dos crimes. O Ministério Público não precisa de qualquer autorização para iniciar o processo. O promotor, tendo um mínimo de provas, é obrigado a oferecer a denúncia (princípio da obrigatoriedade da ação penal).

De acordo com Távora e Alencar, esse tipo de ação é titularizada pelo Ministério Público e prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. A ação penal incondicionada é regra no nosso ordenamento jurídico. O Ministério Público é o órgão acusador oficial do Estado e, na maioria das infrações o promotor atuará *ex officio*, sem a necessidade de autorização ou manifestação da vontade de quem quer que seja⁴.

3. Código de processo penal brasileiro de 1941.

4. Idem, Ibidem, p. 149.

Cunha, Lorenzato, Ferraz e Pinto também tratam do mesmo tema ao afirmarem que na ação penal pública incondicionada o titular é o Ministério Público (*dominus lictis*). Nessa ação, o Ministério Público não se submete à representação da vítima, nem a nenhum outro pré-requisito. O interesse do Estado em punir o autor da infração é mais valorizado do que qualquer outro interesse. Dessa forma, pouco importa se o infrator foi perdoado, ou se a vítima entende desnecessária sua punição⁵.

Nucci ressalta que a ação penal pública incondicionada, por ser pública, é regida pelo princípio da obrigatoriedade, onde o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia em razão de prova suficientemente colhida no inquérito policial⁶.

Assim, o promotor não pode deixar de iniciar a ação por conceituar o caso pouco importante ou irrelevante. O princípio da obrigatoriedade deve ser cumprido sem indagação, principalmente nos casos de ação incondicionada, onde o Estado tem toda a responsabilidade para que se inicie o processo.

A importância da ação pública incondicionada tem se verificado no direito brasileiro, quando crimes classificados pela lei como de ação pública condicionada a representação são julgados como cri-

-
5. CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Müller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo penal prático: fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 32.
 6. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 185.

mes de ação pública incondicionada. Isso se verifica na declaração de procedência da ADIN 4424, que julgou a lesão corporal leve ou culposa, em realidade de violência doméstica contra a mulher, como crime de ação penal pública incondicionada. Tal crime era antes postulado pelos artigos 12, I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) como de ação penal pública condicionada a representação, a mudança é vista como atitude que protege mais a vítima.

De acordo com o atual Código Penal brasileiro são crimes de ação pública incondicionada: violação de domicílio, redução a condição análoga à de escravo, constrangimento ilegal, sequestro, cárcere privado, entre outros.

2.1.2. Condicionada a representação

Na ação penal pública condicionada a representação, a vítima tem o direito de ofertar ou não a sua representação para que o Ministério público promova a ação. O art. 100, § 1º do CP diz que “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.⁷”. A representação não interfere no princípio da obrigatoriedade, no qual o Ministério Público é obrigado a ofertar a denúncia.

Cunha; Lorenzato; Ferraz e Pinto, discorrendo sobre esse tema, afirmam que o Ministério Público, como

7. Código Penal Brasileiro de 1940.

dono da ação penal (*dominus lictis*), analisará se é ou não o caso de deflagrar a ação penal⁸.

Por não deixar de ser uma ação penal pública, a representação foi criada para a garantia do Estado de que a vítima deseja processar os possíveis infratores.

De acordo com Távora e Alencar, a ação penal pública condicionada também é titularizada pelo Ministério Público, como toda ação pública. Entretanto, por haver ofensa à intimidade da vítima, para seu exercício válido, o legislador preferiu condicioná-la a um permissivo externado por ela ou seu representante legal⁹.

Cunha, Lorenzato, Ferraz e Pinto também descrevem esse tipo de ação penal pública. Segundo eles, mesmo o titular da ação sendo o Ministério Público, para se ofertar a denúncia deve haver antes um “pedido-autorização” da vítima ou de seu representante legal que queira ver seu ofensor processado. Desse modo, essa condição a representação se justifica em virtude de que, por vezes, o escândalo que o processo pode acarretar representa um mal maior que o fato em si¹⁰.

A representação não precisa ser feita perante membro do Ministério Público. A lei processual penal

8. CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Müller; FERRAZ, Mauricio Lins; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo penal prático: fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 33.

9. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 152.

10. CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Müller; FERRAZ, Mauricio Lins; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 33.

legítima que o Delegado colha tal representação para iniciar suas atribuições legais perante ações públicas condicionadas¹¹. A possibilidade de a representação ser feita em delegacia se confirma em certos julgados do STJ, como nos julgados 2011/0187004-3 e 2010/0163864-9¹².

Para Távora e Alencar, a representação é uma condição para que se instaure a persecução criminal. Sem a representação não pode haver a propositura da ação, nem a iniciação do inquérito policial, colocando a preservação da intimidade do ofendido em primeiro plano¹³.

O dispositivo da representação seria um respeito do Estado em relação à vontade da vítima. Pois, entende-se que em alguns casos fazer uso da representação significa um transtorno emocional maior do que a impunidade do transgressor.

Tourinho afirma, que em determinadas situações o crime cometido afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo que a lei é obrigada a respeitar a vontade do ofendido, deixando a propositura da ação penal a seu critério, evitando que a intimidade ferida pelo crime sangue ainda mais com o *strepitus iudicii*¹⁴.

11. <<http://jus.com.br/revista/texto/3480/o-termo-de-representacao-para-fins-de-tco-pode-ser-feito-perante-a-autoridade-policial>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

12. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=representa%E7%E3o+da+v%C3%BTima+em+delegacia&b=ACOR#DOC3>. Acesso em: 08 nov. 2012.

13. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 153.

14. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal v.1*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 401.

Quando o Estado dá a vítima o arbítrio de representar a ação, ele está abdicando do seu poder repressivo e se coloca, dessa forma, inerte a respeito de certos crimes que ficarão impunes.

Em termos mais burocráticos, a ação penal pública condicionada dá a vítima o prazo de seis meses, a contar do dia de conhecimento do autor do crime, para representação. Vale ressaltar que esse período de vacância não se inicia necessariamente no dia em que o crime foi consumado.

Távora e Alencar atentam para esse fato quando descrevem o prazo e a contagem para a representação. Eles explicitam que a representação deve ser ofertada no prazo de seis meses do conhecimento da autoria da infração penal, ou seja, no momento em que a vítima toma ciência de quem foi responsável pelo delito; o dia em que o ofendido reconhece o infrator é o primeiro dia para representar¹⁵.

Para maiores de dezoito anos, somente a vítima é legitimada para representar, com exceção nos casos de morte da vítima ou declaração de ausência da mesma comprovada por atestado médico.

Távora e Alencar, com base no art. 24, § 1º, do Código de Processo Penal, frisam que em caso de morte ou declaração de ausência da vítima, a sucessão processual passa ao cônjuge (incluída a companheira), ascendentes, descendentes ou aos irmãos, sendo essa ordem a preferencial¹⁶.

15. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 154.

16. Idem, *Ibidem*, p. 155.

O Código Penal brasileiro atual preceitua como crimes de ação penal pública condicionada: o perigo de contágio venéreo, crime de ameaça, divulgação de segredo, estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, crime contra a honra do Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro, entre outros.

2.2. Crimes de ação penal pública de iniciativa privada

Apesar da existência de uma ação penal classificada como privada, é importante salientar que toda ação é pública, pois é exercida sempre contra o Estado. Diante desta realidade, alguns doutrinadores preferem classificar a ação penal privada como ação penal pública de iniciativa privada.

Impera sobre a ação penal pública de iniciativa privada o princípio da indivisibilidade, onde havendo dois ou mais criminosos a vítima só pode oferecer a queixa crime contra todos. Também se estabelece nesse tipo de ação, como na pública, o princípio da intrancendência.

De acordo com Rangel, toda e qualquer ação, independente do seu juízo é pública, pois o direito de ação é exercido contra o Estado e em face do réu. Assim o direito sendo contra o Estado é público¹⁷.

Tourinho também afirma que toda ação penal é pública. No entanto, no direito pátrio admite-se a ação penal privada atendendo à pouca relevância da lesão à

17. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 248.

sociedade, ao caráter privado do bem jurídico tutelado e ao possível escândalo do processo (*strepitus judicij*), que pode ser muito mais prejudicial ao interesse da vítima do que a impunidade do culpado¹⁸.

De outro lado, na Ação Penal Privada, o titular da ação é a vítima. É ela que oferece a queixa crime contra o delinquente.

Rangel explicita que a ação penal privada é proposta pelo ofendido ou seu representante legal, através da petição inicial penal denominada de queixa-crime. Percebe-se que a titularidade da ação as difere, pois na iniciativa privada a titularidade é do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo¹⁹.

De acordo com Távora e Alencar, nas infrações penais que ofendem demasiadamente a intimidade da vítima, o legislador lhe conferiu o próprio exercício do direito de ação. Nesses casos, a persecução criminal é transferida ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio²⁰.

Porém, é importante frisar que o direito de punir o infrator é do Estado, e não da vítima detentora da função de acusar. Para Rangel, o ofendido é legitimado extraordinariamente para agir, posto que o legitimado ordinário é o Estado-administração²¹.

18. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 514.

19. RANGEL, op. cit., p. 248.

20. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 159.

21. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 248.

Távora e Alencar demonstram que a vítima pode processar o possível infrator se o desejar, esclarecendo que ela possui livre arbítrio para decidir qual atitude tomar diante do ocorrido. Essa ideia encontra correspondência com princípio da oportunidade²².

Um fato bastante interessante é transição de crimes do campo privado para o público. Távora e Alencar discorrem sobre isso ao afirmarem que, objetivando a proteção da vítima em face ao *strepitus judicij*, o mais adequado é que os delitos de iniciativa privada migrem para o âmbito das ações públicas condicionadas. Dessa forma caberá a vítima escolher entre expor-se ao processo ou preservar a intimidade assistindo em contrapartida a impunidade do seu algoz²³. Tomando como exemplo, antes da lei 12.015/09, que trata dos crimes contra a dignidade sexual, o crime de estupro era tipificado através da sumula vinculante nº 608 como crime de ação penal privada e com a criação dessa lei, no seu artigo 225, o crime de estupro foi tipificado como crime de ação penal pública condicionada à representação²⁴.

Alguns autores acreditam que esse tipo de ação penal desvaloriza o coletivo, pois coloca nas mãos do particular o destino da sociedade. Se a vítima optar por não processar o possível infrator, qualquer outro indivíduo poderá sofrer as consequências da impunidade.

Segundo Oliveira, se houvesse delito que interessasse mais ao particular que a coletividade, talvez não

22. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 159.

23. TÁVORA; ALENCAR, loc. cit.

24. STF Súmula nº 608; Lei nº 12.015/2009.

existisse razão para a criminalização da conduta, ainda mais sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito²⁵.

São exemplos de crimes classificados como de ação penal privada: crimes contra a honra, alteração de limites, usurpação de águas, esbulho possessório e supressão ou alteração de marca em animais, crime de dano, entre outros.

3. A VÍTIMA E O DIREITO PENAL

Para se falar da vítima e do Direito Penal, antes de qualquer coisa é importante destacar o conceito de vítima segundo a Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder (ONU)²⁶:

Entender-se-á por 'vítimas' as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira e prejuízo substancial dos seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros.

Contudo, segundo a visão de Lélío Braga Calhau, ainda hoje há uma resistência em se aceitar uma participação mais ativa da vítima na Dogmática Penal. Mas segundo ele, o Direito Penal tem o dever de

25. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159.

26. BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maio Neto. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 127.

proteger a vítima. Pois, “há de se respeitar também a vítima criminal, pois a cidadania é um dos fundamentos de nossa República, e a proteção da mesma se coaduna também com um dos objetivos do Estado Democrático de Direito”²⁷.

3.1. Sujeitos mediato e imediato

Segundo Rogério Greco, o sujeito passivo pode ser formal ou material, sujeito passivo formal é sempre o Estado, o qual sofre danos toda vez que suas leis são desobedecidas. Já o sujeito passivo material é o titular do bem jurídico tutelado sobre o qual recai a conduta criminosa, e que não necessariamente seja o Estado. Assim, segundo o autor “sujeito passivo formal será sempre o Estado, que sofre toda vez que suas leis são desobedecidas”²⁸. E o “sujeito passivo material é o titular do bem ou interesse juridicamente tutelado sobre o qual recai a conduta criminosa, que, em alguns casos, poderá ser também o Estado”²⁹.

Já Bitencourt³⁰ trata o sujeito passivo como mediato ou imediato, sendo que o sujeito passivo imediato ou direto é o titular do bem.

Sob o aspecto formal, o Estado é sempre o sujeito passivo do crime, que poderíamos chamar de sujeito

27. CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 50.

28. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. v. I. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 179.

29. Idem, *Ibidem*.

30. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 243.

passivo *mediato*. Sob o aspecto material, o sujeito passivo direto é, o titular do bem ou interesse lesado. Nada impede, no entanto, que o próprio Estado seja o sujeito passivo imediato, direto, como ocorre quando o Estado é o titular do interesse jurídico lesado, como, por exemplo, nos crimes contra a Administração Pública.

Na opinião de Luiz Regis Prado, o sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão, “aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal. Ou ainda é o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime”³¹. Para ele, podem figurar como sujeitos passivos, as vítimas e os ofendidos, bem como a pessoa jurídica, a coletividade, o Estado ou a comunidade internacional, sendo de acordo com a natureza do delito.

Ainda conforme Prado, ele afirma que “tem crescido de importância, no campo político-criminal, o papel da vítima na realização do delito. Nesse particular aspecto, encaminha-se para uma constante busca do ponto de equilíbrio entre liberdade individual e defesa social”.³²

3.2. O Direito Penal e a função de proteção de bens jurídicos

O Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos mais relevantes. Por exemplo, a vida é um bem jurídico extremamente relevante, e nos casos de homicídios o Direito Civil não é suficiente para im-

31. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal brasileiro – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 216.

32. *Idem*, *Ibidem*.

pedir a prática do crime sendo necessária a proteção penal como “ultima ratio”. Pois, como afirma Cirino³³:

Os bens jurídicos mais importantes da vida humana individual ou coletiva são selecionados para proteção penal: a lesão real ou ameaçada desses bens jurídicos pode desencadear as mais graves consequências previstas no ordenamento jurídico, as penas criminais ou as medidas de segurança.

Já que o Direito Penal é a última esfera de controle, de proteção, quando outros ramos do Direito não conseguem controlar (caráter subsidiário do Direito Penal, a *ultima ratio*). Luiz Flavio Gomes também considera que o Direito Penal só protege os bens mais relevantes para a convivência humana, “o faz ademais, exclusivamente diante dos ataques mais intoleráveis de que possam ser objeto; e quando não existem outros meios mais eficazes, de natureza não penal, para salvaguardá-los”³⁴.

Afirma Zugaldía Espinar, que os bens jurídicos são valores éticos sociais (situações sociais desejadas ou valiosas) que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social e colocar sob sua proteção para que não sejam expostos ao perigo de ataque ou à lesões efetivas: “se os bens jurídicos não podem ‘surgir’ da lei, se devem ser prévios a ela e emanarem da realidade social, sua determinação não pode ficar

33. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5. (grifos do autor)

34. GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e Princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007, p. 226.

alheia às convicções culturais do grupo e, em suma, à Ética social”³⁵.

Mas afinal quais são os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, segundo Cirino os bens jurídicos úteis para a existência e desenvolvimento individual do ser humano seria “*a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração públicas*”³⁶ que constituem os bens jurídicos que são protegidos através de lesões previstas no Código Penal. O Professor Juarez Cirino afirma que o Direito Penal tem como função a proteção dos bens jurídicos, “proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena”³⁷, devido ao seu caráter subsidiário e fragmentário.

Conforme Zaffaroni, o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado como algo valioso, em que só as ofensas mais gravosas são penalizadas, pois “o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim *o direito a dispor da própria honra*, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim *o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais*”³⁸.

35. GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e Princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007, p. 227.

36. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5. (grifos do autor)

37. Idem, *Ibidem*.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro Volume I – Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 399. (grifo do autor)

Já as críticas elencadas no estudo de Nilo Batista, vão além e merece atenção, ao afirmar que essa proteção aos bens jurídicos através da aplicação ou execução da pena, o Direito Penal estaria, assim, protegendo “interesses”, “valores” da classe dominante, ainda que apresentem uma certa universalidade. Afinal, “o fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre as exigências da cultura de determinada época e de determinado povo”³⁹.

Dessa forma, Roxin⁴⁰ afirma que

el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaliza “fragmentaria” del Derecho penal.

39. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

40. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

Em suma, entre os autores prevalece o entendimento de que a finalidade do Direito Penal é a defesa de bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Ainda conforme Roxin, como o Direito penal possibilita as mais duras de todas as intervenções estatais na liberdade do cidadão, apenas se poderia intervir quando outros meios menos rigorosos não conseguem obter um êxito suficiente⁴¹.

3.3. Vitimologia e Vitimodogmática: redescobrimto da vítima

Desde a Escola Clássica, através do desenvolvimento da Teoria da retribuição, impulsionado por Beccaria e Carrara, passando pela Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garófalo, com a concepção da Teoria do criminoso nato, “o Direito Penal praticamente teve como meta a tríade delito-delinquente-pena”⁴². Logo, a vítima, jamais foi levado em consideração. “Isto apenas passou a ocorrer quando outras ciências, e principalmente a Criminologia, tiveram que vir em auxílio do Direito Penal para a análise aprofundada do crime, do criminoso e da pena”⁴³. Com o surgimento da Vitimologia, a vítima deixa de ser mero objeto na gênese delitiva, passando a ser considerada sujeito desta relação.

41. *Ibidem* (tradução livre). “Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente”.

42. FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 543.

43. *Idem*, *Ibidem*.

O estudo da vítima conforme Lélío Braga Calhau passou por três fases principais na história da civilização ocidental: a primeira a idade de ouro, em que “a vítima era muito valorizada, valorava-se muito a pacificação dos conflitos e a vítima era muito respeitada”⁴⁴; a segunda fase com a neutralização da vítima, com a responsabilização do Estado pelo conflito social. E a terceira fase o Estado, assumindo o monopólio da aplicação da pretensão punitiva (*jus puniendi*), ocorreu a diminuição da importância da vítima no conflito, sendo considerada como “uma testemunha de segundo escalão, pois, aparentemente, ela possuía interesse direto na condenação dos acusados”⁴⁵.

E segundo Calhau, a partir da década de 1950, “adentramos na fase do redescobrimto da vítima, onde a sua importância é retomada sob um ângulo mais humano por parte do estado”⁴⁶. Ainda conforme o autor, os estudos criminológicos da vítima foram se intensificando na segunda parte do século XX, pois foi fundada uma nova ciência: a Vitimologia. E a partir daí “começamos a observar o surgimento e a expansão em progressão geométrica nos últimos 20 anos dos centros profissionais de apoio às vítimas criminais, dentre outras iniciativas”⁴⁷.

Segundo Bernhard Villmow, a vítima nos últimos séculos se encontrava desamparada, e também vitimada durante o processo penal, pois praticamente

44. CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 40.

45. Idem, *Ibidem*.

46. Idem, *Ibidem*.

47. Idem, *Ibidem*.

não são dada a devida atenção; somente atuam o poder estatal, por uma parte, e o delinquente, por outra. Logo, “muitas declarações oficiais e muitos estudos científico lamentam que as vítimas se encontrem marginalizadas, reduzidas à impotência e que padeçam de importantes problemas afetivos”⁴⁸.

Ainda conforme a visão de Antonio Berinstain⁴⁹,

Ao longo do processo penal (já desde o começo da atividade policial), os agentes do controle social, com frequência, se despreocupam com (ou ignoram) a vítima; e, como se fosse pouco, muitas vezes a vitimam ainda mais. Especialmente em alguns delitos, como os sexuais. Não é raro que nessas infrações o sujeito passivo sofra repetidos vexames, pois à agressão do delinquente se vincula a postergação e/ou estigmatização por parte da polícia, dos médicos forenses e do sistema judiciário.

A Vitimologia é considerado por muitos como um ramo da Criminologia, que sob a filtragem do Direito Penal e da Psiquiatria tem uma área de conhecimento multidisciplinar como biológica, psicológica e social da vítima face ao fenômeno criminal, e tem como questão central, como o nome já diz, o estudo da vítima no delito, a Vitimologia por ser um ramo da criminologia, também busca as origens/causas do crime. A vitimologia não só trata das vítimas dos crimes, mas também trata do seu relacionamento com o delinquente.

48. VILLMOW, Bernhard apud BERISTAIN, Antônio. MAIO NETO, Cândido Furtado (tradutor). *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Brasília: Ed. UnB, p. 105.

49. BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maio Neto. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 105.

Porém, a maior parte dos crimes o Estado não sabe da ocorrência, e da parte que se tem conhecimento, em que a vítima presta queixa na Delegacia, e que chega ao conhecimento do Ministério Público, ou seja, pouquíssimos delinquentes cumprem pena do crime que ocorreu, já “a vítima é tratada com descaso, e muitas vezes com desconfiança pelas agências de controle estatal da criminalidade”, é ignorada do processo, contribuindo para o que Berinstain chama da “formação da malsinada cifra negra”, ou seja, os crimes em que o Estado não possui nenhuma noção do seu acontecimento. “Essa cifra negra é uma das responsáveis pela questionável falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público”⁵⁰.

A vitimologia tem como um dos principais expoentes, Benjamin Mendelsohn, com o estudo do delito passional, “ele constatou a participação inconsciente da vítima na relação com o delinquente. Daí, inclusive, a provocação da vítima em graus diversificados, culminando com a legítima defesa que é circunstância elidente do delito”⁵¹. Mendelsohn considerou a receptividade da vítima, o determinismo vitimal subconsciente e a predisposição vitimal, da Escola Positivista. Segundo José Flávio Braga Nascimento, “a vítima que definitivamente interessa à Vitimologia é o ser humano, que sofre danos aos seus bens juridicamente protegidos como a vida, a saúde, a honra, a honestidade”⁵².

50. Idem, *Ibidem*, p. 106.

51. MENDELSON, Benjamin apud CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 42.

52. NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Curso de Criminologia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 156.

Segundo Antonio Beristain, vítima e delinquente são duas faces da mesma moeda (“a pessoa vítima de ontem com frequência é a delinquente de amanhã, e a delinquente de hoje é a vítima de amanhã”⁵³). Como se pode perceber, “as pessoas vítimas e as pessoas delinquentes não são coletivos distintos e que se excluam. Em certo grau, são homogêneas e se encontram mutuamente”⁵⁴. Logo, “os papéis de vitimador e de vitimado não são fixos, nem estáticos, nem permanentes, mas sim dinâmicos, mutáveis, intercambiáveis. O mesmo indivíduo pode, sucessivamente ou simultaneamente, passar de um papel a outro”⁵⁵.

No artigo “Vitimodogmática e a Vitimologia e o Novo Direito Penal contemporâneo” publicado na Revista de Ciência jurídica e sociológica⁵⁶:

Tendo o direito penal função de proteger, objetiva e subjetivamente, os bens jurídicos considerados em um momento histórico e cultural em uma sociedade, protegendo, em última análise a própria vítima, que é a titular principal do bem lesionado ou ameaçado pelo delito, resta evidente que, não obstante deter o Estado, o *ius puniendi*, é mister que a Dogmática Penal, a Política Criminal e a Criminologia reconheça a necessidade de resgatar o papel da vítima na aplicação do direito penal e do processo criminal, através das disciplinas da Vitimologia e da Vitimodogmática.

53. BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maio Neto. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 102.

54. *Idem*, *Ibidem*.

55. *Idem*, *Ibidem*.

56. Vitimodogmática e a Vitimologia e o Novo Direito Penal contemporâneo. *Revista de Ciência jurídica e sociológica*, Unipar, v. 2, n 1, Curitiba, jan./jun. 1999, p. 119-120.

Com tudo isso, resta saber na atualidade diante o Estado Democrático de Direito qual o limite de intervenção da vontade da vítima a punição, já que o Estado tem como função a proteção dos bens jurídicos, pois todo e qualquer delito afeta direta ou indiretamente o Estado. Mas, a vítima não deve mais ser mera protagonista dos fatos, apenas o sujeito titular do bem jurídico lesionado, e sim é necessário que ela possua uma condição de participação mais efetiva na solução do conflito, já que não é apenas o delinquente que pode levar a resolução do crime.

4. A VONTADE DA VÍTIMA E A AÇÃO PENAL

4.1. A vontade da vítima ante o interesse público estatal

Para compreender como fica a vontade da vítima mediante o interesse público estatal, deve-se observar as variáveis que entornam a propositura da ação penal e o ente competente que a promove.

Como já foi visto, a ação penal pública é aquela cujo titular da ação é o Ministério Público. Tourinho classifica-a como ação penal pública plena ou incondicionada e em ação penal pública condicionada ou semipública. Na incondicionada “é irrelevante, para a sua promoção, a vontade contrária do ofendido”, enquanto que na condicionada se admite considerar a vontade da vítima em determinadas situações. A ação penal também poderá ser privada, ou seja, será a própria vítima que fará a solicitação de abertura, mas é imprescindível que esteja expressa em lei as suas hipóteses⁵⁷.

57. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-165.

Dessa forma, a vontade da vítima ante o interesse público estatal não tem o mesmo peso decisivo como nas ações privadas. O Estado, como já foi suscitado nos capítulos anteriores, sempre será atingido pelas condutas delituosas ainda que em intensidades diferentes. Como consequência, tem por obrigação inerente prezar pela segurança jurídica de toda sociedade, punindo as atitudes que infrinjam o convívio social harmônico ou que apresentem perigo concreto/abstrato aos cidadãos.

Porém, o Estado não agirá de forma arbitrária e ditatorial em todos os casos. Apesar de ter o interesse de reprimir a conduta, ele observa os fatores que a circunscrevem: a tenuidade da lesão, o interesse da vítima para manter preservada a sua intimidade e o receio de que a divulgação do fato possa prejudicá-la mais ainda⁵⁸. Destarte, excluídas as hipóteses em lei cujas disciplinas obrigam a atuação da vítima para propositura da ação, o Estado irá ponderar às circunstâncias as quais estão compreendidas a existência do caso concreto para decidir qual posição (punir a conduta ou acatar a vontade do ofendido) terá maior relevância.

No entanto, o próprio Código de Processo Penal com seu Artigo 201, § 1º, já nos induz para qual lado irá tender essa ponderação feita pelo Estado⁵⁹.

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

58. TOURINHO FILHO, loc. cit.

59. *Código de Processo Penal*.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

O artigo acima explicita obvia e claramente que a vontade estatal irá prevalecer sobre a da vítima, podendo, inclusive, haver a possibilidade de condução coercitiva do ofendido à presença da autoridade caso seja intimado para depor acerca do caso e se recuse a tal propósito.

Fica evidente, portanto, que apesar de nas ações públicas condicionadas haver possibilidade do interesse estatal não ser absoluto e excludente da vontade da vítima, o ordenamento já predispõe que a participação do ofendido se dará independente de sua escolha, basta existir o interesse do Estado em punir a conduta que os mecanismos coativos e coercitivos estarão legitimados à sua utilização.

Dessa forma, apesar das contribuições dos avanços doutrinários vitimológicos e vitimodogmáticos explanados anteriormente, na maior parte dos casos a vontade da vítima e a sua participação para solução do incidente permanece em status hierárquico inferior ao do Estado. Tal conclusão se dá pelos seguintes motivos:

- Como já vimos, à ação penal pública é regra, por isso restam pouquíssimos e excepcionais casos em que a vítima terá plena autonomia para decidir se levará adiante o processo ou se manterá a impunidade do malfeitor;
- Dentro da ação penal pública existe a classificação incondicionada cuja atuação se dá na maioria dos casos concretos, temas estes, fartamente explora-

dos ao longo desta dissertação, deixando patente a irrelevância do interesse da vítima, em ações dessa natureza.

- Por fim, nas situações em que haja a possibilidade de tender para satisfação da vítima (casos de ação penal pública condicionada), o Artigo 201 do CPP nos faz inferir que o Estado optará por legitimar seu desejo em detrimento do ofendido.

4.2. O caráter instrumental do processo penal e o interesse da vítima

O Estado ao tomar para si o direito de punir e ao tornar-se detentor do monopólio da administração da justiça, não concebe mais aplicação de pena sem processo a fim de coibir a vingança privada⁶⁰. Dessa forma, somente o juiz (representante da figura do Estado) poderá aplicar a sanção cuja atuação se dará por meio de processo⁶¹.

Tourinho define o processo penal como um fim em si mesmo, um instrumento para atingir um propósito que preexiste a ele e o transcende. “Não se pode negar o caráter instrumental do Direito Processual, porquanto constitui ele um meio, o instrumento para fazer atuar o Direito Material”⁶².

Destarte, o interesse contrário da vítima para a instalação e desenvolvimento do processo não será levada em consideração, visto que a atuação do Direito

60. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

61. Idem, 33. ed. v. 1.

62. TOURINHO FILHO, loc. cit., p. 48.

Processual é para servir como instrumento na concretização deste Direito Material⁶³, o qual estabelece as garantias e obrigações das relações entre os particulares e entre os indivíduos com o Estado⁶⁴.

Além disso, como já vimos nos capítulos anteriores, o Direito Penal por possuir um caráter subsidiário e fragmentário, tem como função a proteção aos bens jurídicos mais relevantes. Tais bens não surgem da lei, e sim, emanam da sociedade. Por conseguinte, o direito não pode ficar alheio à realidade social para dispor de legitimidade ao extrair as condutas mais significativas e tutelá-las com o propósito de assegurar a coexistência pacífica. Conclui-se, dessa forma, que o processo penal constará dos meios necessários para proteção a esses bens jurídicos, levando-se em conta a vontade da sociedade como um todo e não privilegiando desejos de particulares isolados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto trabalho conclui-se que a vontade do Estado irá prevalecer sobre a da vítima. Só existem 3 situações possíveis:

- Ação penal pública incondicionada: consagra a maior parte dos casos concretos. O Estado utilizará de sua supremacia visando sobrepor seu *jus puniendi* ao interesse privado, seja ele contrário ou não.

63. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

64. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_material>. Acesso em: 4 nov. 2012.

- Ação penal pública condicionada: restrito grau de atuação, a lei enumera quais são as hipóteses. O interesse da vítima e a vontade do Estado serão ponderados e analisados caso a caso para ver qual deverá prevalecer.
- Ação penal privada/condicionada à representação: situações excepcionais do ordenamento, necessita estar disciplinada em lei. O ofendido dispõe de ampla liberdade para decidir sobre a propositura ou impunibilidade do agressor. O Estado não interfere por estar no âmbito da autonomia privada.

Argumentos:

- Não existe delito que interesse mais ao ofendido do que ao Estado e toda sua coletividade;
- As sociedades humanas são regidas pelo princípio da liberdade, o que confere imprescritibilidade nas ações, necessitando de um sistema de controle social para viabilizar a coexistência;
- A administração da justiça não pode ficar a mercê da iniciativa privada, pois tal hipótese comprometeria a segurança jurídica;
- Conferindo o direito de punir a vítima e ao seu desejo de julgar como lhe convém, princípios penais como a proporcionalidade poderiam ser ofendidos devido ao retrocesso histórico com a reinstalação da vingança privada;
- O Direito Penal tem como função primordial a proteção aos bens jurídicos mais relevantes, os quais emanam da coletividade e não de indivíduos específicos;

- O Direito Processual Penal funciona como instrumento para concretização dos direitos e obrigações individuais e coletivas perante o Estado, portanto dispõe dos mecanismos visando proteger a sociedade como um todo;
- A impunidade não evitará que o delito ocorra novamente, podendo gerar inclusive perigos aos parentes, amigos e/ou conhecidos da vítima como forma de agressão indireta a esta;
- E por fim, o direito não tutela subjetividades e desejos particulares para evitar atuar como mola propulsora para injustiças sociais.

Críticas:

- Apesar dos avanços nos questionamentos da Vitimologia e Vitimodogmática voltados para defender a autonomia do interesse da vítima, sua participação na resolução dos conflitos permanece reduzida.
- A possibilidade de condução coercitiva da vítima para contribuir no processo ainda que esta se mostre contrária a prestar declarações.

Portanto, concluímos que se faz necessário à elevação no status hierárquico da participação e do interesse da vítima ao processo, pois esta possui fundamental importância ao contribuir com elementos narrativos que completam ou refutam aos pronunciados pelo agressor visando deixar o menor grau de dúvida na reconstrução da cena do crime. No entanto, tal elevação deve estar em hierarquia menor que a posição do Estado, pois este objetiva proteger a so-

cidade como um todo, inclusive dos perigos que nós mesmos podemos causar sobre a gente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maio Neto. Brasília: Ed. UnB, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Müller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo penal prático: fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa*. Salvador: JusPodivm, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e Princípios fundamentais*. v. 1. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. v. I. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MENDELSON, Benajamin apud CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

- NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Curso de Criminologia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal brasileiro – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VILLMOW, Bernhard apud BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da Vitimologia*. Tradução: Cândido Furtado Maio Neto. Brasília: Ed. UnB, 2000.
- Vitimodogmática e a Vitimologia e o Novo Direito Penal contemporâneo. *Revista de Ciência jurídica e sociológica*. Unipar, v. 2, n. 1, Curitiba, jan./jun. 1999, p. 119-120.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Volume I – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2010.

Capítulo **VII**

Circunstâncias judiciais e o princípio da individualização das penas

Luciano Aguiar Borges

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Circunstâncias judiciais e o princípio da individualização das penas

Resumo: Na perspectiva do Direito Penal moderno, quando da aplicação da pena, o julgador aprecia elementos referentes ao fato, ao autor e à vítima. Tendo em vista os ditames do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, que segue a nova orientação, o magistrado vincula sua convicção a essa análise, ao apreciar o caso concreto. O presente trabalho direciona-se a perquirir e criticar os fundamentos e a relevância jurídico-penal de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no referido artigo, sob a ótica dos princípios e garantias penais, em especial o princípio da individualização das penas, e sob a ótica dos princípios constitucionais em vigor, para aferir da legitimidade de norma de privação de liberdade do cidadão, com base em critérios que transcendem o fato concreto e censuram o autor para além de sua culpabilidade.

Palavras-chave: Circunstâncias Judiciais. Aplicação das penas. Individualização.

Sumário: 1. Introdução — 2. O princípio-garantia da individualização das penas — 3. O método legal de aplicação da pena — 4. Art. 59: A relevância jurídico-penal das circunstâncias judiciais na aplicação das penas: 4.1. Culpabilidade; 4.2. Antecedentes; 4.3. Conduta social; 4.4. Personalidade; 4.5. Mo-

tivos; 4.6. Circunstâncias; 4.7. Consequências; 4.8. Comportamento da vítima — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Até o final da Idade Média, a reação social às condutas humanas indesejáveis carecia de regulamentação formal institucionalizada que conjugasse às punições quaisquer tipos de critérios ou princípios, sobretudo quando da aplicação e execução das penas. Como resultado, este período medieval da História foi marcado pela natureza cruel dos castigos e desumanidade na execução das penas; relembrem-se as sentenças proferidas pelos Tribunais da Santa Inquisição nesse período.

Com as reformulações propostas pelos pensadores Iluministas — contextualizadas com o nascimento da modernidade e do Estado liberal e moderno —, sobretudo com o marco legalista inaugurado pelo pensamento de Cesare Beccaria, estabeleceu-se uma nova ordem jurídica onde as condutas antisociais eram previstas como *infrações penais*, cujas punições, não mais incertas e desproporcionais, eram fixadas previamente e aplicadas de forma invariável. A lei determinava a pena específica para cada tipo de crime e de criminoso.

Contudo, a falta de discricionariedade dos aplicadores da lei — limitados ao estrito cumprimento das determinações legais —, lhes furtavam a possibilidade de analisar as particularidades do crime e seu autor referidos especificamente, e com isso adequar a aplicação da pena à proporcionalidade do caso concreto. Urgia a

necessidade de um método de aplicação de penas que permitisse graduar a reprovação consoante tais particularidades, a fim de que fosse concretizada a justiça em cada punição. Com as reformas direcionadas nesse sentido, em especial as editadas no direito francês em 1832, nasceu o princípio da individualização das penas. As posteriores reformas sucedidas na diversidade de ordenamentos jurídicos até os tempos atuais lograram por, no mais das vezes, ensejar a aplicação individualizada da pena, seja atribuindo maior poder discricionário aos aplicadores da lei, bem como por meio do aperfeiçoamento dos métodos de aplicação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a individualização judicial da pena congrega um método trifásico pelo qual estão dispostos critérios específicos que permitem ao juiz criminal, em cada fase do procedimento, estabelecer a pena aplicável que se faz mais justa ao caso concreto. No que se refere à primeira das três fases desse método, o juiz criminal cumpre por estabelecer uma pena-base e, para tanto, deve analisar determinadas *circunstâncias judiciais* dispostas no art. 59 do Código Penal; umas são de caráter objetivo, outras de cunho subjetivo; entretanto, nem todas guardam vínculo direto com a conduta censurável, de forma que a legitimidade da reprimenda mais rigorosa que ensejam é questionável.

2. O PRINCÍPIO-GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

Incumbido da tutela dos bens jurídicos mais relevantes do ordenamento jurídico, o Direito Penal cumpre a função de delimitar o exercício do *jus pu-*

niendi pelo Estado, ou seja, é através do Direito Penal que a Ordem determinará as consequências jurídicas para possíveis violações dos seus bens importantes. Destarte, quando praticada uma conduta na qual se reúnam os elementos que configuram uma infração penal, notadamente, quando violado um bem jurídico e, por isso mesmo, ameaçada a Ordem, faz-se necessária a responsabilização daquele a quem deu causa ao crime; que se aplique-lho a pena adequada, dentre as cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Assim entendido pelo legislador brasileiro, a pena deve constituir meio necessário e suficiente para retribuir o dano causado pela conduta criminosa, bem como coibir a sua prática por outros indivíduos.

Consoante isso, há de se ter em vista que cada conduta tipificada pelo legislador poderá ser praticada sob diversas circunstâncias e por singulares agentes sociais. Assim, é *desarrazoado* que uma legislação, em suas letras frias e às vezes obscuras, pretenda esgotar em si as formas e gradações das penas aplicáveis para cada tipo de crime e de criminoso.¹ É notável a relevância atribuída à questão da aplicação das penas, sobretudo pelos ordenamentos jurídicos que, ao longo da história, vêm primando por tornar cada vez mais

1. Sob o risco de retroceder às legislações ultrapassadas, como o Código Penal francês de 1791, que muito embora seja o célebre marco do fim do direito penal do horror que viveu até o final da Idade Média, ainda não abrangia as discussões das circunstâncias do crime bem como o grau de responsabilidade ou imputabilidade do criminoso. A pena era a mesma para todos e ao magistrado cabia a função de simples instrumento de sua aplicação. Para um exemplo pátrio, temos a legislação penal das Ordenações Filipinas, que viveu no período imperial.

humanizado o seu Direito das Punições. E não foi por outro motivo que aqueles ordenamentos direcionaram suas reformas no caminho das penas individualizadas, fundadas na análise do caso concreto, fruto da atividade judicial de magistrados dotados de uma maior discricionariedade. Reportando-se ao direito francês, Paganella Boschi² ressalta que, desde o advento do Estado Novo, “as reformas orientadas na consideração do homem certo, e não do imaginário homem médio; na avaliação de todas as particularidades do caso concreto, e não de qualquer caso”, lograram por erigir o *princípio da individualização das penas*, em nosso ordenamento, presente na Constituição (art. 5º, inc. XLVI) e na lei ordinária (arts. 29 e 59 do Código Penal).

Portanto, não mais se coadunam com a perspectiva de um direito penal que preza pela dignidade da pessoa humana e contempla o princípio-garantia da individualização das penas, “sentenças *padronizadas*, que servem para ‘resolver’ todos os casos, para quantificar todas as penas, independentemente das peculiaridades do fato e das singularidades de seus agentes”³, proferidas por um juiz que figure como “mero intermediário entre a lei o fato para fazer valer a vontade daquela na regulação dos fatos da vida.”⁴

Na doutrina de Raymond Saleilles⁵, o princípio-garantia da individualização da pena se desenvolve em três fases: a legal, a judicial e a de execução.

2. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 145.

3. Idem, *ibidem*.

4. Idem, p. 146.

5. Apud BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 148-149.

Na primeira fase, a pena é individualizada pelo legislador⁶, que irá determinar quais condutas são lesivas à ordem social e por isso mesmo jurídico-penalmente relevantes. Ao definir as consequências jurídicas para essas infrações penais, o legislador então “estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer”⁷.

Num segundo momento, fase judicial, cumpre ao magistrado verificar se a conduta praticada pelo agente configura o que o legislador tipificou como uma infração penal, e, analisando os elementos dessa conduta desviante, bem como as circunstâncias em que foi praticada, aplicará a sanção adequada. Na lição de Paganella Boschi, é na fase judicial que a pena é individualizada “*em concreto, pelo juiz competente para a prolação [sic] da sentença, tendo como referências as margens mínimas e máximas estabelecidas pelo legislador [...] [grifos do autor]*”⁸.

Finalmente, na terceira fase, terá início o processo de execução da pena — que possui seus limites orientados pela sentença condenatória —, para o qual atuam conjuntamente membros do Poder Judiciário e do Poder Executivo, segundo os ritos estabelecidos pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

6. “[...] cumpre-nos lembra [sic] que na primeira fase da individualização da pena o legislador não detém liberdade ilimitada para tipificar ou cominar as penas, isto é, para *criminalizar e sancionar o que bem entender*, uma vez que a sua ação política é orientada pelo comando normativo do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da CF), proibindo-o de editar leis *dezarrazoadas [sic]*” (BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 149).
7. FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 49.
8. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 149.

Como já exposto, este trabalho debruça-se sobre elementos pertinentes à fase judicial em que se desenvolve a individualização da pena, portanto, faz-se necessária uma exposição sistemática do tema, para que o objeto *in loco* possa ter sua representatividade melhor compreendida, bem como a análise que deste se fará. Dessa forma, para um debate lúcido sobre a relevância jurídico-penal das *circunstâncias judiciais* descritas no art. 59 do Código Penal, é oportuno o estudo do fundamento que às convocam a incidir na aplicação da sanção penal individualizada; fundamento este que é depreendido da etapa judicial do processo de individualização da pena.

A individualização judicial da pena consiste na justa adequação das consequências jurídicas à conduta que fora *etiquetada* como desviante, onde o juiz criminal, acionado por dispositivos da Carta Federal (art. 5º, XLVI) e do Código Penal (arts. 59 e 68); em consideração à conduta *concretamente* praticada por agente *singular*; vinculado aos princípios-garantias da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade, fixa a pena que, mais do que a necessária e suficiente para prevenir e reprovar o crime, se faz *mais justa* em relação ao caso concreto.

Ademais, versa a Constituição sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais como requisito de sua própria validade (art. 93, IX), visando efetivar a individualização judicial da pena⁹ e evitar

9. No que Paulo Queiroz aduz ser “um conceito que se opõe à generalização, a revelar que a sentença deve se ater tanto quanto possível ao caso concreto e evitar argumentos que transcendam a análise do caso concreto, sob pena de lhe conferir caráter exempli-

que sejam cometidas arbitrariedades. Como bem disse Roberto Lyra¹⁰, é para evitar que a sentença acabe se transformando em instrumento para a projeção de seus tumultos interiores que o juiz precisará exteriorizar passo a passo o caminho percorrido, desde o instante em que, dentre as penas possíveis, identificar aplicáveis, até o momento derradeiro em que anunciar as quantidades certas das penas executáveis.

Os critérios de fundamentação da decisão judicial, conjugados à natureza subsidiária do Direito Penal — instrumento de *ultima ratio* do controle social exercido pelo Estado —, demonstram que a condenação criminal pressupõe a exclusão de todas as hipóteses de absolvição do acusado, seja porque o fato que lhe foi imputado não se caracteriza como crime (ausência de tipo de injusto ou ausência de culpabilidade), seja pela inexistência dos pressupostos relativos ao fato e ao processo (excludentes de pena, prescrição do direito de ação penal privada etc.), bem como insuficiência de provas para a condenação; ou hipóteses de invalidação do processo penal (por violações de garantias constitucionais e legais do acusado).¹¹

3. O MÉTODO LEGAL DE APLICAÇÃO DA PENA

O Código Penal de 1940 representa um momento célebre da evolução do princípio da individualização

ficador, generalizador, e não individualizador.” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 149).

10. Apud BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p.155.

11. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2012, p. 511.

das penas no ordenamento jurídico brasileiro. Com a sua incidência, foi revogada a “colcha de retalhos”¹² legislativos da primeira República e sua *aritmética penal*¹³ para a fixação da pena; onde ao magistrado competia apenas subsumir o fato à norma, identificar quais das tão celebradas *circunstâncias agravantes e atenuantes* incidiam no caso e assim *descobrir* em qual dos graus de reprovação estipulados pelo texto o acusado se encontrava. Editado no período do Estado Novo, o *Codex* logrou por afastar o sistema de graus de reprovação e suas fórmulas aritméticas do procedimento da aplicação das penas.

Através do Código Penal de 1940, o legislador delegou ao juiz, avisadamente, um árbitro, prudente e relativo, como deve ser todo árbitro, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo no caso concreto.¹⁴

Que nada obste o marco evolutivo inaugurado pelo Código, este não logrou por definir claramente a sistemática na qual o intérprete deve orientar-se para a aplicação das penas. Extraia-se a técnica a ser seguida em dois dos seus dispositivos, a seguir relacionados:

-
12. A expressão é de Cezar Roberto Bitencourt (*Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 69) e refere-se à Consolidação das Leis Penais promulgada em 1932 para reunir o Código Republicano de 1890 e toda a legislação penal extravagante produzida até o período.
13. Na lição de Pedro Vergara, devido à necessidade de identificação do grau de reprovação do agente, “a pena poderia fragmentar-se por meio de duas operações elementares: a soma e a divisão por dois entre o mínimo e o máximo (gerando o grau médio); entre o mínimo e o médio (gerando o submédio) e entre o médio e o máximo (gerando o submáximo). A ausência de agravantes implicava o reconhecimento da pena no grau médio [...]” (apud BOSCHI. *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 147).
14. BOSCHI. *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 148.

“Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.”

“Art. 50. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou diminuição.”

A interpretação dada a esses dois dispositivos por Roberto Lyra¹⁵ preconizou que a individualização judicial da pena far-se-ia em duas etapas: na primeira delas, seriam analisadas em globo as circunstâncias judiciais e as legais, para que dessa forma o juiz encontrasse a pena-base. Na segunda etapa, caso existissem causas de aumento ou de diminuição de pena, estas incidiriam sobre a pena estabelecida anteriormente.

De outro lado, a tese defendida por Nélson Hungria¹⁶ apontava que o juiz cumpriria em verdade três fases distintas para chegar à pena individualizada. Na primeira fase, o juiz fixaria a pena inicial com base nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 42. Na segunda fase, apreciaria as circunstâncias legais (atenuantes ou agravantes), aumentando ou

15. Ver LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, pp. 180 e 395.

16. Ver HUNGRIA, Nélson. O Arbitrio Judicial na Medida da Pena. *Revista Forense*, v. 89, p. 5.

diminuindo a pena-base estipulada na fase anterior. Na terceira e última fase, o juiz chegaria à pena definitiva ao sopesar eventuais causas de aumento e de diminuição de pena.

Essa divergência doutrinária teve ampla repercussão¹⁷, mas só com a reforma legislativa feita no Código em 1984 foi definida claramente a técnica para a aplicação da pena, prevalecendo o método trifásico de Hungria, conforme se interpreta do art. 68:

“Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Conforme a análise de Gilberto Ferreira¹⁸, apesar de trifásico, o procedimento de aplicação da pena exige o percurso de pelo menos oito etapas, a saber: 1^a) escolha da pena a ser aplicada quando ao fato for cominada mais de uma alternadamente (art. 59, I); 2^a) análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base (arts. 59 e 68); 3^a) análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes — arts. 68, segunda parte; 61, 62 e 65); 4^a) análise das causas de aumento e de diminuição da pena definitiva; 5^a) definição do regime inicial de cumprimento da pena (art. 59, III e art. 33); 6^a) substituição por pena restritiva de direito, quando cabível; 7^a) concessão da suspen-

17. “Os dois ganharam muitos adeptos. O assunto foi discutido na Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro em 1943, cabendo a vitória ao pensamento de Hungria, por um apertado escor de 23 a 17 votos. E por fim chegou os tribunais [sic]” (FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 56).

18. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 59-60.

são condicional da pena (art. 77); 8ª) fundamentação dos efeitos da condenação, referidos no art. 92.

Como visto, dispõe a legislação sobre o procedimento da aplicação das penas, definindo de forma restritiva quais elementos serão objetos de valoração do juiz em sua atividade decisória. A despeito disso, são frequentes os erros cometidos durante a individualização judicial da pena. Um erro comum à prática forense consiste em revalorar elementos que conformam a estrutura do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), já valorados em momento anterior pelo legislador e que por isso são os próprios *pressupostos* para a aplicação da pena, não podendo ser objeto de análise do magistrado na etapa judicial, sob o risco de incorrer-se em *bis in idem* durante a fixação da pena¹⁹.

Outra prática comum consiste em sopesar aspectos jurídico-penalmente irrelevantes, aptos a militar em desfavor ao acusado como se circunstâncias judiciais o fossem, em desprezo ao princípio da legalidade (*v.g.*, a não confissão, o não arrependimento, a fuga do distrito da culpa, a inadequação da conduta etc.).²⁰

19. Exemplifica Paulo Queiroz, em relação à tipicidade, que “não é incomum que, ao dosar a pena, o juiz tome como critério de aferição da culpa dados ou circunstâncias que já fazem parte da própria figura típica. Assim, por exemplo, ao condenar funcionário público por crime contra a Administração Pública (*v.g.*, peculato, corrupção passiva), afirmar que ‘o réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública’, como se o fato de ser servidor público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de autonomizar/criminalizar tais condutas, punindo-as de forma mais dura precisamente em razão dos deveres inerentes ao cargo/função” (QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 430)

20. QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 430.

O Código Penal vigente, na contramão evolutiva do princípio-garantia da individualização das penas, conserva critérios para a aplicação de sanções que não se coadunam com a perspectiva contemporânea de um Direito Penal humanitário. É sobre este respaldo legal que arbitrariedades como as citadas *supram* e outras deformações do Direito Penal têm ensejo; frustra-se, assim, o exercício de um *jus puniendi* norteado pela máxima da dignidade da pessoa humana de que preza a Carta Maior.

4. ART. 59: A RELEVÂNCIA JURÍDICO-PENAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Conforme exposto, com a nova redação dada ao Código Penal em 1984, o legislador reformulou o método do qual deve orientar-se o juiz criminal para garantir a fixação individualizada da pena na fase judicial que lhe incumbe. Destarte, foi delegado ao julgador o arbítrio para estabelecer a sanção penal *necessária e suficiente* para realizar as funções de *retribuição da culpabilidade* e de *prevenção da criminalidade*, como pode ser depreendido do artigo 59 do Código, que dispõe:

“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I — as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV — a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

Atento a este comando, o magistrado, ao decidir pela condenação do acusado, terá como atividade precípua a escolha da pena que, dentre as cominadas, realize as funções de retribuição da culpabilidade e de prevenção da criminalidade, assim cumprindo com os objetivos de reprovar e prevenir de que versam o aludido dispositivo.²¹ Embora a lei penal não especifique critérios para orientar esta decisão preliminar, não nos parece legítimo que tal ocorra de outra forma que não sob a regência do princípio da proporcionalidade — que a pena escolhida guarde relação valorativa com o grau de lesividade do tipo de injusto praticado — sem perder de vista os limites do poder de punir assegurados pelo princípio da culpabilidade.

Nesta primeira etapa, o juiz criminal decidirá apenas pela aplicação das sanções de natureza privativa de liberdade ou pecuniária, quando o tipo legal cominar esta cumulada ou alternadamente àquela, ficando as penas restritivas de direitos relegadas a eventualmente substituir penas privativas de liberdade em etapa posterior do procedimento, embora previstas como autônomas (Código Penal, art. 44).

Se o juiz, nesse primeiro momento de sua atividade decisória, concluir que a moldura penal que se adéqua ao delito praticado indica a aplicação da pena privativa de liberdade — porquanto esta se mostra necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime,

21. Cf. Cirino dos Santos, *Direito Penal...*, p. 513.

conforme determina o programa oficial da lei —, terá então de empregar o método trifásico de aplicação das penas (art. 68 do Código), o qual lhe permitirá definir o conteúdo criminal dessa moldura penal, ou seja, quantificar, respectivamente em cada fase do procedimento, a pena-base, a pena provisória e pena definitiva.²²

Em respeito ao princípio-garantia da individualização das penas, é defesa a tese de que o ponto de partida para a quantificação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada²³, opondo-se assim à outra tese sustentada pela doutrina mais antiga que, inobstante o brilhantismo dos autores²⁴, propõe a fixação da pena a partir de um critério (desumano e ultrapassado) matemático, qual seja o do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada. O fato é que esse ponto inicial precede à análise e o sopesamento de qualquer circunstância que possa influenciar na dosimetria da pena-base e, exatamente por isso, não cabe quantidade prévia de pena se não aquela mínima prevista no tipo legal. A razão é que na hipótese em que há um equilíbrio entre as circunstâncias judiciais valoradas em desfavor do acusado e as que militam em seu benefício, prevalecerá àquela quantidade de pena inicial, que fora o ponto de partida do procedimento; logo, sendo a pena mínima prevista pelo tipo, será sempre menor e, portanto, mais benéfica ao réu do que a pena expressa pelo termo médio entre o mínimo e o máximo

22. Idem, pp. 514-515.

23. No sentido do texto, Cirino dos Santos (*Direito Penal...*, p. 515) e Gilberto Ferreira (*Aplicação da Pena...*, p. 63-66).

24. Dos quais podem ser citados Nélson Hungria (ver *Aplicação da Pena. Revista Forense*, v. 90, p. 525) e Roberto Lyra (ver *A Aplicação da Pena e o Novo Código. Revista Forense*, v. 90, p. 526)

da pena cominada. E assim se sucederá nas fases seguintes da individualização judicial da pena²⁵.

Vencida a questão acerca do ponto inicial para a fixação da pena-base — vale dizer, ensejo da ausência de critérios expressos na lei penal para tanto —, passamos ao estudo do nosso objeto *in loco*, a análise das circunstâncias judiciais de que versa o referido art. 59 do Código Penal — *circunstâncias* porque se encontram ao redor, ao lado, em torno, nas imediações das elementares que integram o fato punível²⁶; *judiciais* porque são objeto de arbítrio exclusivo do juiz²⁷ —, imprescindíveis à fixação individualizada da pena-base; além de servirem como ponto de referência para o cálculo da pena na hipótese de concurso de pessoas (art. 29), no estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena (arts. 33, §3, e 59, III), na concessão das penas restritivas de direitos (art. 43, III), no aumento da pena em crimes continuados (art. 71, parágrafo único) e para a suspensão condicional da pena (art. 77, II).²⁸

25. Sérgio de Andréa Ferreira, citado por Gilberto Ferreira (*Aplicação da Pena...*, p. 64), em oposição ao critério defendido, argumenta que, se se partisse do grau mínimo, as atenuantes seriam inócuas, já que não poderiam conduzir a pena abaixo do mínimo, havendo injustiça para com aquele a favor de quem só militem circunstâncias favoráveis. O questionamento do autor é oportuno, traz à luz um outro traço retrógrado presente em nosso sistema penal referente aos limites legais da quantificação da pena aplicável estipulado pela legislação (art. 59, II do Código Penal), mais exatamente no tocante à possibilidade de fixação da pena abaixo do limite mínimo legal, urgida pela evolução do princípio-garantia da individualização das penas, como será objeto de reflexão deste trabalho em momento posterior.

26. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 67.

27. Cf. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p. 516; FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 70.

28. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 70.

Pela redação do art. 59 do Código, vê-se, pois, que o legislador elegeu os preceitos habilitados à atribuir significado jurídico e aferir da relevância penal de determinados aspectos inerentes à conduta humana, da qual o produto traduz-se por *fato*, dos protagonistas *autor e vítima*. Pois bem, conforme executa o julgador criminal, cabe então apreciar, cada uma delas, as circunstâncias judiciais, no intuito de apurar-se dessas a relevância jurídico-penal, desta vez não mais no que toca a escolha da sanção aplicável, mas quando dessa escolha é eleita aquela espécie que representa a maior sujeição a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Ademais, é por figurar como o carro-chefe da maioria dos sistemas punitivos contemporâneos que nos parece curial a análise das funções que cumpre a pena privativa de liberdade, tanto das funções declaradas pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena bem como das suas linhas ocultas.

4.1. A culpabilidade

Questão das mais importantes de que trata a dogmática penal é aquela em que se insere o tema da culpabilidade. Sim, pois, o estudo da culpabilidade tem notória importância para o desenvolvimento da teoria do crime na qual se assentam a maior parte dos sistemas penais da atualidade²⁹.

29. Elucida Cláudio Brandão que a dogmática penal compreende a teoria do crime, a teoria da pena e a teoria da lei penal, sendo que, a fim de conferir ao Direito Penal o status de ciência, desenvolveu-se muito mais a teoria do crime em detrimento daquelas outras. Com efeito, “era necessário que a ação criminoso tivesse características específicas, próprias da seara penal, para que esse direito tivesse um objeto individualizado em relação aos demais ramos do orde-

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a culpabilidade pode ser compreendida em diferentes acepções dentro do Direito Penal. Na lição de Paulo Queiroz³⁰, utiliza-se da palavra culpabilidade em múltiplos sentidos e contextos, tais como: a) culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime; b) princípio da culpabilidade³¹; c) princípio da não culpabilidade³²; d) crime culposo³³; e) culpabilidade como circunstância judicial. O autor ainda faz alusão à teoria da coculpabilidade, sobre a qual nos debruçaremos mais à frente.

Para o presente estudo, interessa compreender o significado de culpabilidade enquanto circunstân-

namento jurídico” (Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2004, p. 178-179).

30. QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 351-352.

31. “No sentido de princípio da culpabilidade, o conceito é empregado como sinônimo de princípio da responsabilidade penal pessoal/subjetiva, significando que nenhuma pena passará da pessoa do agente do crime, motivo pelo qual só deve responder pela infração penal o seu respectivo autor, coautor ou partícipe; constitui, portanto, um postulado político-crimal que visa a impedir a responsabilidade penal objetiva e/ou presumida, compreendendo o dolo e a culpa, inclusive” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal...*, p. 351).

32. “No Sentido de princípio da não culpabilidade — ou princípio da presunção de inocência — significa que ninguém poderá ser considerado juridicamente culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; constitui, assim, um princípio de caráter processual: até prova em sentido contrário, é de se ter o agente como inocente, de modo que, se a inocência é presumida, a culpa requer prova por parte de quem formula a acusação [...]” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal...*, p. 351-352).

33. “Já quando empregada, impropriamente, como sinônimo de crime culposo (culpa em sentido estrito), corresponde ao crime praticado com imprudência, negligência ou imperícia, isto é, com infração de um dever de cuidado, ou, ainda, mediante a criação de um risco proibido e realização desse risco no resultado” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal...*, p. 352).

cia judicial e sua relevância para a fixação da pena-base. Por conseguinte, demanda à nossa atenção o estudo da culpabilidade também enquanto objeto da teoria do crime — mais exatamente, a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime, conforme sustenta a doutrina majoritária³⁴. Essa relação é motivada, porquanto o *juízo qualitativo* da culpabilidade, compreendido como elemento estruturante do fato punível, transforma-se no *juízo quantitativo* da culpabilidade como medida da pena durante o procedimento de aplicação, sendo deste o seu limite.³⁵

Diante do exposto, o estudo dedicado a este capítulo pode ser estruturado da seguinte forma: a primeira análise incide sobre a culpabilidade enquanto um dos elementos que conforma a estrutura do fato punível de

34. A maioria dos doutrinadores brasileiros está de acordo com o conceito analítico de crime desenvolvido a partir da dogmática penal alemã (para uma análise mais completa sobre a evolução do conceito analítico de crime, ver MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22), a qual define o crime como o *fato típico, ilícito, e culpável*. Outros autores, como Damásio de Jesus (*Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94), René Ariel Dotti (*Curso de direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-339) e Júlio Fabbrini Mirabete (*Manual de direito penal: Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 94), divergem sobre a culpabilidade integrar o conceito de crime, que seria composto apenas por fato típico e antijuridicidade, sendo a culpabilidade um pressuposto para a aplicação da pena. Há de se falar também numa teoria quadripartida do crime, onde a punibilidade, malgrado melhor se adegue como consequência deste, figura como elemento integrante da estrutura do delito. A nossa Lei Penal vigente carece de definição do conceito de crime, apenas promovendo, no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941) um critério que permite distinguir, à luz do tipo penal, crime de contravenção penal.

35. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p. 513.

que apregoa a teoria do crime adotada pelo nosso ordenamento jurídico; em seguida, será apurada a relevância jurídico-penal da culpabilidade como critério balizador do grau de responsabilidade do agente a quem foi imputado um injusto penal; assim, propicia-se o embasamento necessário para arguir-se sobre as impropriedades incorrentes no desvalor da culpabilidade durante a aplicação da pena privativa de liberdade.

A atual legislação penal brasileira não dispõe de uma definição do conceito de crime, apenas consta, no art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal, que se considera como crime a infração penal a que se reserva uma pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Destarte, o conceito de crime do qual nos deteremos provém de fonte doutrinária, que é o conceito *analítico* de crime — assim denominado porquanto executa uma análise sistemática dos caracteres que compõem a infração penal. Por essa abordagem analítica, constitui-se como crime o *fato típico*³⁶, *ilícito*³⁷, e *culpável*. A culpabilidade, tomada nesta acepção — como elemento estruturante do fato punível — é um *juízo de reprovação* que incide sobre

36. Em síntese, entende-se como *fato típico* a conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva) sem a qual não seria produzido o resultado (relação de causalidade) de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, adequando-se, assim, à conduta tipificada pela lei penal.

37. Numa análise sucinta, ilícita ou antijurídica é a conduta contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, a que o agente praticou sem o devido amparo de uma causa legal ou supralegal de exclusão de ilicitude. Um adendo: a tipicidade e a antijuridicidade representam juízos sobre a conduta que, quando *típica e antijurídica*, conforma o que se denomina *tipo de injusto*.

o autor do injusto (conduta típica e ilícita) fundado na sua imputabilidade, na sua potencial consciência da ilicitude do fato e na exigibilidade de uma conduta diversa — conforme a concepção finalista da culpabilidade, conhecida como teoria *normativa pura*, a qual foi adotada pelo atual Código Penal brasileiro.³⁸

Em síntese, pela definição *analítica* de crime, a estrutura do fato punível é composta pelo *tipo de injusto*, que promove um juízo de reprovação sobre a conduta típica e antijurídica; e pela *culpabilidade*, que, fundada

38. Com a teoria finalista de Hans Welzel, o conceito de culpabilidade passa a ser estruturado por elementos exclusivamente normativos, no que fica conhecido como a teoria *normativa pura* da culpabilidade. De acordo com essa teoria, são categorias elementares da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência real ou possível da anti-juridicidade do fato e a exigibilidade de conduta conforme o direito. No dizer de Welzel: “Culpabilidade é censurabilidade [prelecionada por Welzel que “censurável” é a ação antijurídica que enseja uma *censura* pessoal ao autor, porque não a omitiu] [...]. Características constitutivas da censurabilidade são, portanto, todos aqueles elementos necessários para que o autor, capaz de culpa, poderia ter formado uma vontade de ação adequada à norma, não referente ao *fato concreto*, em lugar da vontade contrária à norma. Contudo, [...] o autor deve haver conhecido o injusto de seu fato ou, ao menos, deve ter tido condições de conhecê-lo, e em condições que *pudesse* determinar por esse conhecimento (real ou possível) do injusto, a um comportamento adequado ao direito [grifos no original]” (WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 240-241). Conforme elucida Cláudio Brandão, a análise dos dispositivos do Código Penal vigente traz à luz a inspiração finalista desse diploma. O autor comprova a migração de elementos subjetivos (dolo e culpa) da culpabilidade para a tipicidade, conforme apregoa a doutrina finalista, *in verbis*: “Com relação ao dolo, [...] verifica-se que ele se localiza no tipo e não na culpabilidade. Para provar essa assertiva basta analisar o art. 20 do Diploma Penal, que estabelece que o erro quanto ao elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo. Decerto, se o erro de tipo exclui o dolo é porque o dolo se localiza no tipo (Culpabilidade... *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, p. 181).

no conceito *normativo puro*, enseja o juízo de reprovação sobre o autor. Na ilustração de Cirino dos Santos:

“O juízo de reprovação de culpabilidade tem por objeto a realização não justificada do tipo de injusto e por fundamento (a) a **imputabilidade**, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a *saber o que faz*, excluída em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, (b) a **consciência da antijuridicidade**, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável *saber, realmente, o que faz*, excluída ou reduzida em casos de erro de proibição e (c) a **exigibilidade de conduta diversa**, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e indicação de que o autor *tinha o poder de não fazer o que fez*, excluído ou reduzido nas situações de exclusão [grifos do autor].”³⁹

Conforme exposto, a culpabilidade, num segundo contexto, integra as chamadas *circunstâncias judiciais* elencadas no art. 59 do Código Penal. Neste sentido, a culpabilidade é entendida não mais como um pressuposto (para a aplicação) da pena, mas como o *informador* desta, ou seja, a gradação do *juízo de reprovação* que se faz ao autor do *crime*. Neste quadro, a atividade decisória do juiz criminal consiste em adequar o *quantum* de pena correspondente ao grau de culpabilidade do agente infrator, tendo em vista a singularidade desse autor e as particularidades da sua conduta criminoso.

A *quantidade de reprovação* expressa na penal criminal (a) pressupõe a *maturidade e sanidade psi-*

39. CIRINO DOS SANTOS, *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 199).

quica necessárias à constituição da capacidade de *culpabilidade* do autor; é medida conforme (b) o nível de *consciência do injusto* no psiquismo do autor, que varia numa escala graduável entre os extremos de *pleno conhecimento do injusto* (plena reprovação) e de *erro de proibição inevitável* (ausência de reprovação); (c) o grau de *exigibilidade de comportamento diverso* de autor consciente do tipo de injusto, que varia numa escala graduável entre o extremo de *plena dirigibilidade normativa* (máximo poder pessoal de não fazer o que faz) e o extremo de *ausência de dirigibilidade normativa* (inexistência do poder pessoal de não fazer o que faz).⁴⁰

Esclarecidas as premissas conceituais acerca da culpabilidade — enquanto pressuposto da pena, assim como quando desta for critério informador —, podemos enfim acusar a problemática que envolve a aplicação da sanção privativa de liberdade, mais exatamente sobre o desvalor da culpabilidade como um dos fundamentos da pena-base individualizada.

Para uma crítica preliminar, nos reportamos a Cirino dos Santos. Segundo o autor, em razão de a culpabilidade ser uma elementar estruturante do fato punível, a sua inclusão como circunstância judicial, equivalente a outros elementos informadores da pena-base de valor nitidamente inferior, conforme feito pela reforma penal de 1984, constitui impropriedade metodológica.⁴¹

Outro questionamento acerca do conceito de culpabilidade decorre da própria teoria *normativa pura* na qual encontra o seu fundamento. Hans Welzel,

40. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p. 519.

41. Idem, p. 517-519.

ao definir as categorias elementares exclusivamente normativas do seu conceito de culpabilidade, logrou por atestar a importância do *elemento de vontade* que compõe a *censurabilidade* (leia-se culpabilidade), qual seja, a *exigibilidade de obediência jurídica*⁴², para a censura a que se faz a formação de vontade do autor (culpabilidade), *in verbis*:

“A censura de culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor poderia ter formado sua decisão anti-jurídica de ação em forma mais correta, adequada à norma, e isto não no sentido abstrato de que teria podido fazer um *homem qualquer, nessa situação*, teria podido formar sua decisão de vontade em forma adequada à norma [grifos no original]”.⁴³

Segundo Cirino dos Santos, por esta teoria do *poder de agir diferente* de Welzel — pela qual o agente é pessoalmente reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito — a reprovação da culpabilidade tem por fundamento a capacidade de livre decisão atribuída ao autor, que assume como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade. Em uma primeira perspectiva, concreta,

42. Define-a Hans Welzel: “Tampouco o conhecimento do injusto pode fundamentar totalmente a censura da formação de vontade, mas somente quando o autor pôde *determinar* realmente sua vontade de acordo com a compreensão do injusto na situação concreta da decisão. [...] Esta possibilidade concreta (*definida, real*) de uma autodeterminação adequada ao sentido para atuar conforme o direito, é o elemento mais importante da censurabilidade, à qual os elementos intelectuais [a imputabilidade e o potencial conhecimento da antijuridicidade do fato] estão subordinados, pois o conteúdo da censurabilidade se baseia, precisamente, em que o autor teria condições e podendo determinar sua vontade *adequadamente* ao direito, em lugar da antijuridicidade [grifos no original]” (WELZEL, *Direito Penal...*, p. 254-255).

43. WELZEL, *Direito Penal...*, p. 221.

o poder de agir diferente atribuído ao autor individual é simplesmente indemonstrável; em seguida, numa perspectiva abstrata, o poder de agir diferente é atribuído a qualquer outra pessoa no lugar do autor, dessa forma, a reprovação não incide sobre o autor, mas sobre uma pessoa imaginária no lugar do autor.⁴⁴

O próprio Welzel já havia preconizado a dificuldade que acarreta o juízo de reprovação de culpabilidade fundado na concepção do livre-arbítrio: “é teoricamente imaginável a possibilidade de concreta formação de vontade, em lugar da equivocada?”⁴⁵

Diante do exposto, tendo em vista que o juízo qualitativo da culpabilidade como elemento do fato punível (pressuposto da pena) transforma-se no juízo quantitativo da culpabilidade como medida da pena (balizador da pena)⁴⁶, evidencia-se a impropriedade em que consiste atribuição de pena fundada na graduação da culpabilidade como circunstância judicial. Nesse sentido, destaca Paganella Boschi:

“A crise da culpabilidade decorre da dificuldade de demonstração no mundo empírico da base filosófica sobre a qual ela se assenta (o livre arbítrio), porque o juiz não pode voltar no tempo para conferir se o acusado estava mesmo ou não em condições de manter a sua conduta em conformidade com as normas jurídico-penais”.⁴⁷

Neste quadro, a individualização da pena-base é comprometida, pois o juízo de reprovação sobre o

44. CIRINO DOS SANTOS, *A Moderna Teoria...*, p. 206-207.

45. WELZEL, *Direito Penal...*, p. 221.

46. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p. 513.

47. BOSCHI, *Das Penas e seus critérios de aplicação...*, p. 164.

autor, ao qual executa o juiz criminal procedendo à análise da culpabilidade (art. 59), incidirá sobre um sujeito hipotético (imaginário) que representa o autor nas circunstâncias em que o juiz vislumbra ter sido praticado o crime. Ao aferir do grau de exigibilidade de conduta diversa àquela criminosa praticada pelo acusado, o juiz o faz com base nos valores sociais e padrões comportamentais por ele assimilados durante o processo de socialização em que está inserido desde as primeiras etapas de sua vida.⁴⁸ A questão se agrava, já que os magistrados provêm comumente de segmentos hegemônicos da sociedade; assim, como bem observa Alessandro Baratta⁴⁹, “o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população”.

Com efeito, o desvalor da culpabilidade submete a gradação da pena à dimensão dos extremos que separam julgador e acusado, cuja tendência é o maior distanciamento em função da estratificação social (sobre-

48. Destacam-se no processo de socialização do indivíduo, instituições como a família, a escola, a empresa, além do próprio Estado. A socialização é um importante mecanismo de controle social pelo qual o indivíduo é estimulado à assimilar valores e padrões comportamentais que, introjetados em sua personalidade, o permitirão antecipar as expectativas sociais quanto ao próprio comportamento, possibilitando a adequação de suas ações aos cânones socialmente aceitos (Cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95-97). Para uma análise crítica da rede de confluência das instituições do controle social, ver a obra de Michel Foucault “*A Microfísica do Poder*”.

49. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 175-178.

tudo nos crimes patrimoniais). Logo, ao acusado será atribuída quantidade de pena conforme a capacidade do magistrado em adequar o juízo de censurabilidade às particularidades inerentes à conduta concreta a que reprova, e estimar o quanto se poderia exigir do acusado em particular uma conduta conforme o direito.

4.2. Antecedentes

Os antecedentes são fatos anteriores à individualização da pena do acusado que traduzem a relevância do seu *histórico criminal*, sobretudo para fins de aplicação da pena.

Assim, quando dispensados para efeitos de reincidência⁵⁰, os antecedentes constituem circunstância judicial cujo exame, apesar de transcender a análise da conduta diante ao juiz, figuram como importantes informadores para a fixação da pena-base.

Afirmando o princípio-garantia da não culpabilidade, sediado na Carta Maior (art. 5º, LVII), o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula n. 444, pela qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Dessa forma, influenciam na fixação da pena-base, a título de maus antecedentes, apenas as condenações

50. Para Rogério Greco, a reincidência “é prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”. Analisando o dispositivo que cuida do instituto (art. 63 do Código Penal), Greco aponta que o texto faz referência a três fatos indispensáveis à caracterização da reincidência, a saber: prática de crime anterior; trânsito em julgado da sentença condenatória; prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória (*Curso de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 572).

anteriores ao fato com trânsito em julgado e que não configurem reincidência.

Rogério Greco acrescenta ainda que a graduação da pena não pode ser embasada somente na folha de antecedentes criminais (FAC) do acusado, servindo esta como um guia para os processos criminais nela apontados. Entende o autor que “o documento hábil que permite que o vetor da pena possa se movimentar é a certidão do cartório no qual houve a condenação do agente”⁵¹.

Ao contrário do que ocorre com o instituto da reincidência, não há limite temporal na lei para que a valoração dos antecedentes incida no cálculo da pena-base. Entretanto, é presente na doutrina⁵² e na jurisprudência⁵³ a tese em que, aplicando-se *in bonam partem* o recurso da analogia, restaria limitado o prazo de incidência dos antecedentes aos mesmos cinco anos que correspondem ao limite temporal que vige para os efeitos de reincidência (art. 64, I do Código).

Quanto à própria inserção do instituto dos antecedentes no procedimento de individualização da pena-base, advogamos a tese de Salo de Carvalho, para quem “o dispositivo legal, agregado à circunstância conduta social, reforça ainda mais a culpabilidade de autor, em detrimento da culpabilidade de fato”⁵⁴.

51. GRECO, *Curso de Direito Penal...*, p. 565.

52. Podem ser citados, dentre outros autores, Paulo Queiroz (*Curso de Direito Penal...*, p. 446-447), Paganella Boschi (*Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 168) e Salo de Carvalho (*Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52).

53. RHC 2.227-2-MG, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 6ª T, DJU 29.3.93, p. 5.268.

54. CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 53.

Notadamente, levar a exame os antecedentes do acusado em sede de aplicação da pena corrompe o princípio-garantia da individualização das penas: não se intui tornar a pena única e singular, mas, retirado o véu do discurso oficial do sistema penal, vê-se que, em verdade, a valoração dos antecedentes do réu tem o condão de quantificar a pena na função direta do grau de *periculosidade* refletido pelo dispositivo. Por conseguinte, a privação de liberdade do agente de *maus antecedentes* possui dois objetivos principais: reforçar o efeito estigmatizante do cárcere sobre o indivíduo e, conseqüentemente, realizar a manutenção de *status quo* social, ao que o indivíduo permanece retido no estrato marginalizado dos *clientes* do sistema penal.

Em síntese, defendemos a tese de que, na perspectiva humanitária e crítica da dogmática penal moderna, abdica-se de dispositivos que, a exemplo dos antecedentes criminais, carece de relação axiológica com a análise do fato punível⁵⁵ — por conseguinte, rechaça-se a inclusão do instituto da reincidência.

4.3. Conduta social

A circunstância da conduta social logra por atribuir relevância jurídico-penal aos aspectos do modo

55. Opondo-se à essa posição, Paganella Boschi: “[...] optamos por seguir o entendimento de que os antecedentes podem, sim, ser utilizados como importantes parâmetros na individualização da pena-base, porque em concurso com as demais circunstâncias contempladas no art. 59 do Código Penal, eles ajudam a propiciar ao juiz todas as informações que necessita para poder reconhecer as diferenças e conferir um tratamento penal equânime e distributivamente justo na reação do Estado ao crime e ao criminoso” (*Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 169).

de vida em sociedade do acusado para fins de aplicação da pena. No dizer de Paganella Boschi, “a conduta social diz com as particularidades inerentes à inserção do acusado na comunidade e ao relacionamento com os outros em família, com amigos, na vizinhança, no bairro, na cidade, etc”⁵⁶.

O juiz criminal, com base em informações referentes à conduta social do acusado, contidas nos autos do processo (depoimentos de testemunhas, declarações públicas ou particulares, documentos, atestados, abaixo assinados etc⁵⁷), além do seu interrogatório, avalia a idoneidade social do acusado e traduz este juízo na fixação da pena-base. Assim, eventuais disfunções comportamentais do autor nos papéis sociais (como pai-mãe, vizinho, profissional, estudante, cidadão etc.) podem ensejar uma reprimenda mais rigorosa.

Paulo Queiroz⁵⁸ alerta que, sob pena de se julgar “não propriamente um homem, mas um estereótipo”, o juízo da conduta social do acusado deve abranger o contexto social em que este está inserido e as suas possibilidades reais de se comportar na sociedade e interagir com o meio.

Diante do exposto, nota-se a impropriedade consistente no exame da conduta social do acusado para a fixação da pena-base. O dispositivo em questão não sustenta um vínculo axiológico direto com a conduta criminosa a que se quer punir. Fatores inerentes ao comportamento humano em sociedade de valor

56. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 169.

57. *Idem*, p. 170.

58. QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 447.

essencialmente moral não podem convergir ou sobrepor-se ao Direito para legitimar a repressão Estatal; eventuais descumprimentos de preceitos éticos de uma sociedade, por maior que seja o seu relevo moral, estão restritos às sanções de natureza difusa (*v.g.*, opinião pública). Se se quer reprovar a conduta criminosa do acusado em função da sua culpabilidade, não se deve, portanto, elevar a juízo de valor jurídico elementos que transcendem a ação criminosa praticada a título de se constatar a periculosidade do autor para a ordem social.

Outrossim, verifica-se a dificuldade decorrente da avaliação pelo magistrado dos (de)méritos sociais do acusado. O juiz está submetido a um processo de socialização respectivo ao estrato da sociedade do qual provém; logo, os valores éticos por ele assimilados refletem no seu juízo de *padrões comportamentais*; por conseguinte, cada conduta social expressará uma carga valorativa específica, correspondente ao valor introjetado na personalidade do magistrado; assim, o juízo de cada conduta social expressa uma valoração diversa por outros indivíduos, mesmo aqueles inseridos em processos de socialização similares ao que se insere o magistrado (notadamente por pertencerem ao mesmo segmento social deste), e mais discrepante ainda será por indivíduos pertencentes a outros estratos da sociedade. Num exemplo alegórico, o fato de alguns moradores vizinhos deporem em favor do acusado, arguindo tratar-se de “rapaz-trabalhador”, pode não ter um juízo abonador tão relevante para o juiz criminal quando este provier de um determinado segmento da sociedade condicionado por um processo de socialização em que trabalhar não é uma conduta

atípica ou digna de grande mérito, muito menos que diferencie os delinquentes.

De outro lado, este distanciamento entre julgador e acusado compromete o desvalor da circunstância conduta social. O juiz criminal, distante da realidade social em que se insere o autor do crime, não tem boas possibilidades de compreender os fatores sociais que concorreram para tornar o agente um transgressor, orientando o juízo da conduta social sob os parâmetros refletidos pelos padrões comportamentais do seu próprio meio social. Gresham Sykes⁵⁹, numa abordagem sociológica do crime e do comportamento derivado, aduz que “os grupos fundamentais (primários) do indivíduo — sua *gang*, sua família, seu círculo de amigos — podem tolerar as atividades criminosas enquanto uma maior sociedade a censura”.

Ilustrando a temática, nota-se que a disposição desigualitária dos papéis sociais (oportunidades de inserção social e participação na produção e distribuição de bens) reduz a sua acessibilidade aos indivíduos pertencentes a estratos subalternos da sociedade, ensejando que nestes meios os indivíduos restem por assumir papéis desviantes de conduta (*status* de criminoso) como forma de ascensão social. Alessandro Baratta ressalta as diferenças de atitude emotiva e valorativa do juiz em relação a indivíduos de diferentes classes sociais:

“[...] isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apre-

59. SYKES, Gresham. *Crime e Sociedade*. Rio de Janeiro: Bloch, 1969, p. 53.

ciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista⁶⁰.

Em síntese, entendemos como inapropriada a circunstância conduta social, dado o nível de abstração do seu conteúdo e as dificuldades de se determiná-lo. Ademais, o Direito Penal deve tutelar apenas as condutas que expressem lesividade aos bem jurídicos mais importantes do ordenamento, sendo ilegítima, portanto, a repressão pelo Estado fora desse âmbito. A graduação da pena-base condicionada por um “dever-ser” essencialmente moral, conforme sugere a referida circunstância judicial, é característico de um Direito Penal de autor, posto que a censura transcende o fato punível para incidir sobre a “forma de ser” manifestada pelo agente.

4.4. Personalidade

Não obstante a proteção dedicada em nível constitucional à liberdade individual dos cidadãos (*v.g.*, art. 5º da Constituição Federal), irradiada pelo preceito máximo da dignidade da pessoa humana, a repressão Estatal atua para violar a intimidade do indivíduo, levando a juízo as expressões do seu “ser” por meio da circunstância judicial *personalidade do agente*. Segundo Gilberto Ferreira⁶¹, o estudo do aludido dispositivo proporciona ao magistrado “melhores condições de entender o porquê do crime e assim encontrar a

60. BARATTA, *Criminologia crítica...*, p. 177-178.

61. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 86-87.

pena, observados os demais critérios, que melhor se ajuste aos fins de reprovação e prevenção”.

Na prática forense, o desvalor da circunstância personalidade costuma ser fundamentado por fórmulas vazias, acrescentando-se maior rigor à pena-base em função de ter o acusado personalidade “voltada para o crime”, “agressiva”, “impulsiva”, “distorcida” etc. Notadamente, diversos são os motivos que atestam a impropriedade em que consiste o juízo de reprovação da personalidade do agente como fundamento de gradação da pena-base. De início, mister evidenciar a complexidade transdisciplinar que envolve o tema da personalidade; o que demanda uma definição substantiva do seu conceito para efeitos legais, como pressuposto de validade para o desvalor desse critério na fixação da pena-base, no que está evidente a impossibilidade técnica do juiz criminal para fazê-lo.⁶²

Salo de Carvalho⁶³, referindo-se à estrutura do sistema processual acusatório e destacando a importância do *princípio jurisdicional da refutabilidade das hipóteses*⁶⁴ para a garantia da ampla defesa e o con-

62.No sentido do texto, Salo de Carvalho (*Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 56-57), Cirino dos Santos (*Direito Penal...*, p. 522-523), Paganella Boschi (*Das Penas e seus critérios de aplicação...*, p.173), Rogério Greco (*Curso de Direito Penal...*, p. 566) e Gilberto Ferreira (*Aplicação da Pena...*, p. 88).

63. CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 53-56.

64. Conforme ensina o autor, “é da essência do sistema processual acusatório que todas as hipóteses levantadas em juízo pelas partes, bem como todos os argumentos que fundam a decisão do magistrado, devem ser explicitamente comprovadas faticamente, sob pena de (a) inviabilizar a refutação do arguido pelas partes e de (b) gerar nulidade da decisão por falta de fundamentação” (CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 53-54).

traditório, aduz que o critério personalidade disposto no art. 59 não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes. Acrescenta ainda que não basta o magistrado suscitar um elemento categórico por termos vagos e imprecisos, pois o requisito constitucional da fundamentação das decisões (art. 93, IX da Constituição) impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados. Conclui Carvalho: “inadmissível, assim, que se possa auferir juízo negativo de personalidade sem demonstrar a base conceitual e metodológica que possibilitou a enunciação”.

Para além da impropriedade técnica e metodológica consistente na avaliação do aludido critério disposto no art. 59, vê-se que o juízo de censura sobre a personalidade do acusado vulnera princípios e garantias fundamentais do Direito, erigidos em defesa da liberdade individual dos cidadãos em face das intervenções do Estado.

Um elemento inerente às sociedades humanas, que as destacam das sociedades regidas pelo determinismo biológico, verifica-se pela expressão biográfica da vida humana que transcende a dimensão biológica⁶⁵. Assim, a *historicidade*, como manifestações do seu ser, é indispensável à existência do indivíduo em sociedade. Portanto, ao Estado, independentemente do seu fundamento criador, são vedadas as intervenções na esfera de liberdade do indivíduo que exponham comprometimento às expressões do seu ser. A vida humana é essencialmente liberdade, de forma

65. Cf. SOARES, *Sociologia do Direito...*, p. 89.

que não se faz legítimo exigir-se compulsoriamente do indivíduo uma padronização da sua personalidade. Por conseguinte, o Direito Penal não pode regular diretamente do psiquismo do agente e lhe privar de sua liberdade elegendo qualidades defeituosas na sua personalidade⁶⁶. No dizer de Luigi Ferrajoli, “todas as pessoas são penalmente iguais, enquanto apenas aquilo que fazem e não aquilo que são deve ser pela lei previsto e pelo juiz valorado e punido, da mesma forma como seria com qualquer outro imputado”⁶⁷.

Ao seu tempo, já observava Gresham Sykes⁶⁸ que o exame objetivo da criminalidade em seu contexto social evidencia não haver diferenças expressivas em termos de características biológicas ou defeitos psíquicos entre aqueles indivíduos que desrespeitam a lei e os que dirigem a sua conduta conforme esta. Saliencia o sociólogo que “ao invéz, parece que a grande massa de criminosos é tão física e mentalmente normal (ou anormal) como o comum da população, e a diferença entre os dois grupos reside na esfera das experiências e relações sociais”.

Convém destacar ainda a observação de Paganella Boschi⁶⁹ de que, se o Código Penal concede um abrandamento da pena (de um a dois terços) nas hipóteses de *perturbação de saúde mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* do agente (art. 26, p.

66. No sentido do texto, Salo de Carvalho (*Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 58-61) e Paganella Boschi (*Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 175).

67. *Apud* CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 61.

68. SYKES, *Crime e Sociedade...*, p. 69.

69. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 175-176.

único), carece de sentido que um transtorno de personalidade possa ensejar uma reprimenda de maior rigor durante a fixação da pena-base. Segundo Boschi, “para resguardar-se a coerência interna do ordenamento jurídico, a valoração negativa [da circunstância personalidade] deveria propiciar *menor*, e não *maior censura* pelo fato cometido [grifos do autor]”.

Diante do exposto, vê-se que a circunstância personalidade, enquanto critério de exclusivo arbítrio judicial para a fixação da pena-base, não se coaduna com a perspectiva do Direito Penal moderno, além de vulnerar preceitos e garantias fundamentais conquistadas desde o marco legalista inaugurado pelo Direito Penal liberal. Notadamente, a pretensão ocultada nas linhas oficiais do Diploma Repressivo possui como objetivo a prevenção da criminalidade por meio da sanção exemplificante (simbólica), posto que a reprovação que se fará ao acusado não a será em função do ato praticado, mas, na verdade, em função da *personalidade* que este ato revela, balizando-se a pena-base individualizada conforme o grau de *periculosidade* do autor.

4.5. Motivos

Pretende a lei penal, com a circunstância motivos do crime, cuidar das razões pelas quais se move o autor a percorrer o itinerário da conduta típica (*iter criminis*), ou seja, apreender do mundo natural aspectos inerentes aos *estados* psíquicos do agente cuja trama de influxos define os contornos da conduta dirigida por este, e com isso afetá-los penalmente a juízo essencialmente ético (na hipótese em que se afirma a capacidade de autodeterminação do agente) para fins de apli-

cação da pena. Destarte, quando o autor leva a efeito a conduta desviante motivado por razão que encontre na *convenção* de juízos éticos da sociedade qualidade negativa ou positiva, pode o juiz criminal considerá-la relevante para a individualização da pena.

Na lição de Gilberto Ferreira, o motivo “é o fator último que desencadeia a ação criminoso, de modo que se pode afirmar não existir crime sem motivo”⁷⁰.

Mister destacar que para evitar-se o *bis in idem*, os motivos do crime não devem configurar circunstância judicial nas hipóteses em que figuram como elementar típica (p.ex., arts. 161 e 307 do Código Penal); circunstância qualificadora (p.ex., art. 121, §2º, I, II e V); circunstância agravante (p.ex., art. 61, I, “a”) ou atenuante (p.ex., art. 65, III, “a”); ou como causa especial de aumento (p.ex., art. 228, §3º) ou diminuição de pena (p.ex., art. 121, §1º).

Embora a circunstância motivos do crime indique um exame sobre elementos subjetivos do agente com intuito de estabelecer uma relação valorativa com o fato punível — analisar o “porquê” do desvio de conduta —, observa-se na prática forense a análise desse dispositivo com frequente fundamentação inerente ao tipo (p.ex., no furto, a motivação de “obter lucro fácil”)⁷¹. Nesse sentido, a análise transforma-se no juízo da *finalidade* da conduta levada a efeito pelo acusado — o “para quê” da conduta —; o desvalor da circunstância *motivos* resume-se a um mero *etiquetar* dos objetivos

70. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 90.

71. Cf. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p. 524.

da conduta, conferindo ao acusado um *status* (ganancioso, despudorado, libidinoso, vingativo, invejoso, sadista etc).

Diante do exposto, entendemos desnecessária a análise dos motivos do crime como circunstância judicial — excetuando-se as hipóteses em que essa circunstância milita a favor do acusado — de forma autônoma, dado o grau de subjetividade do seu conteúdo e irrelevância jurídico-penal, posto que, conforme destacamos, a lei penal já especifica circunstâncias de mesma natureza axiológica e de maior expressividade para fins de aplicação da pena. No particular, estão corretos Zaffaroni e Pierangeli⁷² quando afirmam que a análise da culpabilidade congrega a motivação do crime.

4.6. Circunstâncias

Espécie de circunstância judicial, *circunstâncias do crime* são fatos periféricos que delimitam as particularidades do crime e que por isso importam para a individualização da pena. Assim, por exemplo, o lugar do crime, o tempo de duração, o modo de execução, bem como o relacionamento entre autor e vítima pode ser levado em consideração pelo juiz criminal para a fixação da pena-base. Na ilustração de Paganella Boschi:

“Aquele que, por exemplo, vai à casa onde se realiza um velório, pretextando prantear a morte de pessoa conhecida, e se aproveita dos descontroles da família na situação de dor para furtar objeto de um quarto, merece, pela conduta realizada, intensa reprovação,

72. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 710.

pois demonstra insensibilidade moral, desconhecimento dos deveres éticos e desrespeito ao mais elementar princípio de solidariedade humana.⁷³

Destaque-se que a análise do dispositivo em tela é suprimida nas hipóteses em que corresponde às circunstâncias *legais* qualificadoras, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes.

Prevalece, também neste exame, a opinião de Zaffaroni e Pierangeli⁷⁴, para quem a análise da culpabilidade reflete também as circunstâncias do crime, por estas comporem o grau do injusto.

4.7. Consequências do crime

Pela circunstância consequências do crime, quis o legislador ensejar que na etapa judicial de individualização da pena, o julgador pudesse apreciar o dano causado pela conduta tipificada nas hipóteses de desdobramento lesivo da ação criminosa. As consequências do crime representam “o montante de dano causado à vítima ou à coletividade com a ação criminosa, de modo que, quanto maior o dano, maior a reprovabilidade da conduta”⁷⁵.

Com efeito, o juízo de reprovação dos resultados ou consequências do crime em sede de circunstância judicial não se confunde com os elementos que compõem a figura típica simples ou qualificada, bem assim com outras causas e circunstâncias de modifi-

73. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 179.

74. ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal...*, p. 710.

75. FERREIRA, *Aplicação da Pena...*, p. 93.

cação da pena previstas na lei; do contrário, estar-se-ia vulnerando o princípio do *ne bis in idem*. Assim, é inviável, por exemplo, a valoração do resultado morte como circunstância judicial nos crimes de homicídio, pois este é um pressuposto para a realização do tipo. Logo, apenas as conseqüências do crime que se projetam para além da tipicidade podem ser apreciadas como circunstâncias judiciais (p.ex., numerosa prole deixada sem assistência pela vítima do assassinato).⁷⁶

Nota-se que nem sempre é possível determinar a relação e extensão exatas do dano com a conduta do agente, visto que as conseqüências podem não se apresentar de imediato. Conforme assinala Cirino dos Santos, exige-se a previsibilidade do resultado (extra-típico) para considerá-lo na fixação da pena-base⁷⁷. Com efeito, nos parece justa a punição mais rigorosa quando nítido o resultado em que uma pluralidade de indivíduos tem comprometidos ou ameaçados os seus bens jurídicos como também seus direitos fundamentais. Ilustrando a questão, temos os crimes contra a administração pública (Título XI do CP) que, não obstante as proporções das conseqüências para o meio social, não prevêm tantas modalidades qualificadas quanto os crimes patrimoniais, por exemplo.

4.8. Comportamento da vítima

Consoante o avanço da Criminologia nos estudos acerca da vítima do delito, a reforma penal de 1984 logrou por incorporar à individualização judicial da

76. Cf. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 181.

77. CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal...*, p.526.

pena a análise do comportamento da vítima para a fixação da pena-base. Com efeito, o juiz criminal deve analisar a contribuição da conduta do ofendido para auferir o grau de reprovabilidade da conduta do acusado, de modo que, o comportamento vulnerante aos bens jurídicos pela vítima enseja a redução da censurabilidade da conduta criminosa do autor.

Conforme observa Paganella Boschi⁷⁸, o comportamento da vítima guarda proximidade com um dos elementos inerentes à culpabilidade, qual seja a *exigibilidade de conduta diversa*. Assim, quando a vítima provoca a situação de perigo, “ela, intencionalmente ou não, acaba contribuindo por enfraquecer a disposição do agente de viver em conformidade com as normas jurídicas”.

Além da circunstância judicial, elementos inerentes à vítima versam também em outros dispositivos do Diploma Penal (*v.g.*, arts. 20, §3º; 23, II; 25; 61, II; 105; 107, V, VII, IX), destacando-se as hipóteses dos arts. 65, III, “c”; 121, §1º e 129, §4º em que há referência a uma “injunta provocação da vítima”. Diante dessas hipóteses, o juiz criminal, em respeito à regra do *ne bis in idem*, deve abster-se da valoração da circunstância comportamento da vítima, porquanto os dispositivos destacados já postulam fatores a serem observados para efeitos de aplicação da pena.

Pelo exposto, consta que a lei penal brasileira abrange a discussão do papel do ofendido no âmbito das práticas criminosas. Contudo, as hipóteses nas quais o comportamento da vítima influencia na

78. BOSCHI, *Das penas e seus critérios de aplicação...*, p. 181.

aplicação da pena limitam-se em apenas estipular uma redução na quantidade de pena aplicável, não havendo, assim, possibilidade de a responsabilidade penal do autor ser completamente afastada em função do comportamento da vítima. A lei penal brasileira não prevê, portanto, hipóteses de exclusão da tipicidade com base no princípio da auto responsabilidade do ofendido.⁷⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que o princípio da individualização das penas representa uma importante garantia no Direito das Punições. Ao juiz é atribuído maior poder discricionário para que este, quando da aplicação da pena, possa orientar o seu julgamento em consideração às particularidades do caso concreto. Assim contemplado pelo legislador brasileiro, a aplicação das penas obedece a um rito trifásico (art. 68 do Código Penal) no intuito de que a pena aplicada seja única e singular, cumprindo com os objetivos de reprovação e prevenção do crime ao mesmo tempo em que faz justiça ao caso concreto.

Contudo, foi observado que no primeiro momento da etapa judicial de individualização da infração penal punível, o juiz criminal fixa a pena-base por meio da análise de *circunstâncias judiciais* (art. 59 do Código) cujo estudo revelou terem elas posição inapropriada no procedimento, porquanto transcendem a análise da conduta concretamente considerada, sendo questionável, assim, a sua relevância jurídico-penal. Para

79. Sobre os temas da vitimologia e vitimodogmática, ver: PORTUGAL, Daniela. Criminologia Crítica e o papel da vítima no Direito Penal. In: *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 125-139.

fins de aplicação da pena, os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal não se coadunam com a perspectiva do Direito Penal moderno, além de vulnerar garantias penais e constitucionais.

Do exame de cada uma das circunstâncias judiciais constatou-se que:

a) A culpabilidade enquanto circunstância judicial (informador de pena) é um juízo quantitativo da culpabilidade enquanto elementar estruturante do conceito *analítico* de crime (pressuposto da pena) adotado no ordenamento jurídico pátrio. Assim, o juízo de reprovação da culpabilidade como critério de graduação da pena-base é passível das mesmas críticas inerentes à teoria *normativa pura* da culpabilidade, cujo fundamento filosófico (o livre arbítrio) é empiricamente indemonstrável⁸⁰. Destarte, a pena-base informada pelo desvalor da culpabilidade resulta do grau de exigibilidade de conduta diversa extraído da atividade intelectual do juiz na qual figura o agente infrator na situação hipotética que o magistrado vislumbra ter ocorrido o crime.

b) Os antecedentes do acusado são fatos pretéritos que carecem de relação valorativa direta com

80. Nesse sentido, Claus Roxin: “Somente, porém, a capacidade para ser destinatário de normas [equivalente à imputabilidade e consciência da ilicitude do fato] é possível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável. [...] Por outro lado, o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbitrio são impossíveis de comprovação” (ROXIN. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46, São Paulo: RT, 1993, p. 125-139).

a conduta do agente sob julgamento. Retirado o véu do discurso oficial do sistema penal, nota-se que o que se pretende com a valoração da circunstância *antecedentes* é afirmar o *histórico criminal* do acusado no cálculo da pena-base e com isso reforçar o efeito estigmatizante do cárcere que lho confere *status* de criminoso. A referida espécie de circunstância judicial é traço característico de um direito penal de autor, posto que o grau de reprovação da conduta tenha por fundamento a *periculosidade* do agente em detrimento da culpabilidade. Numa interpretação ampliativa da norma constitucional que veda as penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, da Constituição), por similitude lógica, não haverá *consequências penais perpétuas*, não se admitindo, portanto, que o autor de um delito seja estigmatizado e reduzido à condição de marginalizado perpétuo⁸¹.

c) A valoração da conduta social do agente em sede de aplicação de pena incorre em sobreposição de juízo essencialmente moral na reprovação da conduta do acusado, no intuito de graduar-se a pena-base na função direta do seu grau de periculosidade para a ordem social. Nota-se que este tipo de censura ao acusado é característico de um direito penal de autor, visto que a reprovação alcança para além da culpabilidade em relação ao ato praticado⁸².

81. ZAFFARONI; PIERANGELI, apud CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 51.

82. No sentido do texto, Salo de Carvalho (*Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 53).

d) A valoração da circunstância personalidade do agente demanda embasamento científico transdisciplinar para o qual o juiz criminal normalmente não possui boas possibilidades técnicas de cumprir. Ainda que o magistrado fosse apto para realizar tal tarefa, o juízo da referida circunstância judicial seria ilegítimo, “visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o ‘ser’ do acusado”⁸³. Notadamente, a valoração da personalidade do acusado para fins de aplicação da pena é característica de um direito penal de autor, posto que a censura que se faz ao acusado não incide sobre o ato praticado, mas sobre a personalidade que este ato revela.

e) Os motivos, circunstâncias e consequências do crime, de certo dizem com a culpabilidade do agente. Com efeito, o juízo da culpabilidade enseja a valoração dos fatores que impulsionaram o autor a percorrer o itinerário do crime; dos fatores periféricos ao crime quando do momento da sua prática; bem assim dos subsequentes efeitos lesivos relacionados ao crime.

f) É inegável que o fato punível tem como protagonistas o autor e a vítima. Assim, foi correto o entendimento do legislador em ensejar o juízo da responsabilidade da vítima para fins de fixação da pena-base. É oportuna a ampliação do âmbito de responsabilização do ofendido em nosso ordenamento jurídico para além da aplicação das leis penais, desde que dedicada a devida cautela quando da seleção do seu ângulo de debate (se

83. CARVALHO, *Aplicação da Pena e Garantismo...*, p. 58.

pela ótica da vitimologia ou da vitimodogmática; sobretudo para fins de descriminalização de condutas), para que o Estado não deixe de cumprir a sua função de proteção⁸⁴.

Dadas as considerações acerca de cada uma das *circunstâncias judiciais* do art. 59 do *Codex*, afirma-se questionável a legitimidade destas para fins de aplicação da pena. Se se pretende legitimar a privação de liberdade dos indivíduos conforme os moldes do Direito Penal moderno e crítico, não devem incidir durante a fixação da pena-base circunstâncias a que não se pode comprovar o vínculo direto com a conduta praticada pelo acusado e, bem menos, que se projetam para incutir a censura nas manifestações do seu “ser”.

Por fim, sugere-se uma reinterpretação da metodologia à luz do garantismo penal, no intuito de efetivar o princípio da individualização das penas, em sua acepção legítima, durante a fixação da pena-base. Para tanto, considerar-se-ão as seguintes premissas:

I) De certo o juiz criminal tem a obrigação de fundamentar a escolha das circunstâncias judiciais que foram objeto de valoração durante o cálculo da pena-base, sob pena de nulidade da sentença condenatória (art. 93, IX da Constituição Federal). Entretanto, essa obrigatoriedade de fundamentação não se estende às circunstâncias judiciais desprezadas pelo magistrado durante a sua atividade de valoração; o juiz criminal pode fazer referência expressa na sentença às circunstâncias

84. Cf. PORTUGAL, *Criminologia Crítica e o papel da vítima no Direito Penal...*, p. 132-138.

que não incidiram na fixação da pena-base, bem como pode simplesmente abster-se de referi-las;⁸⁵

II) O termo inicial para a fixação da pena-base será necessariamente o mínimo legal da pena cominada;

III) No intuito de que seja aplicada sanção proporcional e mais justa em relação ao caso concreto, é legítima a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal sem que isso represente ofensa ao princípio da legalidade, posto que este princípio constitui “autêntica garantia política que existe e se justifica, histórica e constitucionalmente, para proteger o cidadão contra os excessos do Estado e não para pretextar ações arbitrárias contra o réu”⁸⁶.

IV) As circunstâncias judiciais *antecedentes, conduta social e personalidade* do agente devem ser desconsideradas no procedimento, consoante as arguições feitas acima;

V) As circunstâncias judiciais *motivos, circunstâncias e consequências* do crime devem ter caráter subsidiário no procedimento, sendo valoradas nas hipóteses em que o seu conteúdo é relevante para o abrandamento da pena-base aplicável e/ou quando ainda subsistam fatos pertinentes mesmo depois de destinados os seus conteúdos à valoração a título de circunstância agravante/atenuante e causa de diminuição/aumento de pena;

85. Cf. QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 434.

86. QUEIROZ, *Curso de Direito Penal...*, p. 429.

VI) A circunstância *comportamento da vítima* deve ter caráter subsidiário, sendo valorada na hipótese em que a análise da circunstância culpabilidade for insuficiente para aferir da contribuição da conduta do ofendido para a prática do crime e/ou quando ainda subsistam fatos pertinentes à relação entre a vítima e o acusado mesmo depois de destinados à valoração a título de circunstância agravante/atenuante e causa de diminuição/aumento de pena;

VII) Que nada obste as implicações evidenciadas acerca da *culpabilidade*, esta, enquanto informador de pena, será a circunstância judicial de maior relevância para a fixação da pena-base, tendo em vista que o fundamento da autodeterminação constitui o motivo conceitual do direito penal moderno que funda a responsabilidade penal subjetiva, por isso não pode ser negada na avaliação da responsabilidade pelo fato⁸⁷.

A valoração da culpabilidade, a ser feita por meio do método *tópico*⁸⁸, estabelecerá a quantidade de pena aplicável que expressa o contrabalanço entre o grau de *exigibilidade de conduta conforme o direito* e o grau

87. CARVALHO, Salo de. A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 55, n. 358, ago. 2007, Porto Alegre: Notadez, 1953, p. 117.

88. Conceitua-o sucintamente, Cláudio Brandão: “Tópica é a compreensão dos fatos. Segundo a tópica, a decisão tem quer ser tomada a partir de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, ou seja, de uma história compreendida” (*Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro...*, p. 177).

de *satisfação de direitos fundamentais* do acusado *socialmente referido*, posto que fatores sociais, econômicos e culturais concorrem para a autodeterminação da conduta levada a efeito pelo agente e incumbe ao Estado o dever de satisfazer esses direitos. Sustentando esse entendimento, considere-se:

a) a “implementação, pela Constituição Federal de 1988, do Estado Democrático de Direito, *plus* normativo ao Estado Social e que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais”⁸⁹;

b) que “reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido [...]”⁹⁰;

c) que “ao lado do homem culpado por seu fato, [...] há uma parte de culpabilidade — da reprovação pelo fato — com a qual a sociedade dever arcar em razão das possibilidades sonegadas”⁹¹ (cocolpabilidade);

d) e “se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilida-

89. CARVALHO, *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial...*, p. 118.

90. ZAFFARONI apud CARVALHO, *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial...*, p. 117.

91. Idem, *ibidem*.

des que sonegou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros”⁹²;

e) portanto, “o infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram”⁹³.

6. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: RT, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Salo de. A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 55, n. 358, ago. 2007, Porto Alegre: Notadez, 1953.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

92. Idem, *ibidem*.

93. Idem, *ibidem*.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- PORTUGAL, Daniela. Criminologia Crítica e o papel da vítima no Direito Penal. In: *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.
- ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 46, São Paulo: RT, 1993.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- _____. *Direito Penal: Parte Geral*. 5.ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SYKES, Gresham. *Crime e Sociedade*. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.
- WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. volume 1: parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

Capítulo VIII

A Liberdade Religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência

Maiana Guimarães de Sousa e Silva

Aluna da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 4º semestre.
E-mail: mai_guimaraes@hotmail.com

A Liberdade Religiosa e a exclusão da culpabilidade do garantidor pelo motivo de consciência

Resumo: Este artigo explicita a amplitude do Princípio da Liberdade Religiosa e dos seus desdobramentos, revelando a sua tutela como Direito Fundamental, assegurado na Constituição Federal de 1988, e como Direito Humano, resguardado em diversos Tratados e Convenções internacionais. Evidencia também a influência desse princípio no Direito Penal, por meio das causas supraleais de exclusão de culpabilidade, dando principal enfoque ao Motivo de Consciência como exclusão de culpabilidade nas omissões impróprias, evidenciando, ainda, a relevância prática de tal discussão, enquanto aponta algumas soluções doutrinárias para a referida problemática.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Garantidor. Omissão penalmente relevante. Culpabilidade-motivo de consciência.

Sumário: 1. Introdução — 2. Liberdade Religiosa: 2.1. A Liberdade Religiosa e os seus desdobramentos; 2.2. Liberdade Religiosa como Direito fundamental e Humano; 2.3. Tutela Constitucional à Liberdade Religiosa — 3. A omissão penalmente relevante e a Liberdade Religiosa: 3.1. Sobre a definição de garantidor; 3.2. As consequências jurídicas da omissão imprópria; 3.3. A omissão

imprópria e o motivo de consciência — 4. Culpabilidade: 4.1. Causas de exclusão de culpabilidade; 4.2. A Exigibilidade de conduta diversa; 4.3. Motivo de consciência; 4.4. O motivo de consciência como excluyente de culpabilidade — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a amplitude do Princípio da Liberdade Religiosa com base na aplicação do motivo de consciência como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Com esse objetivo, far-se-á um estudo sobre a Liberdade Religiosa e os seus desdobramentos, explicitando a importância de tal instituto como direito Fundamental e Humano e a sua tutela em âmbito nacional e alienígena.

Posteriormente, haverá a explanação sobre a omissão penalmente relevante atrelada às questões de Liberdade Religiosa. Para isso, explicar-se-á o conceito jurídico de garantidor e, igualmente, evidenciar-se-á as consequências jurídicas da omissão imprópria. Ainda nesse sentido, se avaliará a relação existente entre a omissão imprópria e o motivo de consciência.

No quarto capítulo haverá o estudo da culpabilidade e das suas respectivas causas excludentes, destacando-se a inexigibilidade de conduta diversa. Para aclarar o conceito da inexigibilidade de conduta diversa haverá uma breve explicação do histórico desse conceito e da sua relação com a evolução do conceito analítico de crime. Por fim, analisar-se-á o motivo de consciência e a visão da doutrina sobre sua possibilidade de excluir a culpabilidade, como causa supralegal.

Finalmente, tecer-se-ão as considerações finais, nas quais serão expostas as demarcações feitas pelo presente estudo.

2. LIBERDADE RELIGIOSA

2.1. A Liberdade Religiosa e os seus desdobramentos

Ao iniciar qualquer estudo acerca do direito individual à liberdade religiosa faz-se necessário compreender a existência e o conteúdo de alguns conceitos correlatos.

A religião, segundo indica Manoel Jorge e Silva Neto, é uma realidade humana idiossincrásica¹ que integra fatores de ordem social, econômica, cultural, etc., que dão vazão a uma necessidade existencial do ser humano.² Desse modo, percebe-se que a compreensão do fenômeno universal da religiosidade está diretamente associada a expressões e conceitos que fazem parte do mundo religioso.

Assevera Aloísio Cristovam dos Santos Júnior que é uno o entendimento nacional e alienígena ao entender que o conceito de liberdade religiosa não se resume a um único direito, mas se expressa em uma multiplicidade de direitos.³ Compreende-se, desse modo, que o referido instituto agrega, em sua com-

1. Idiossincrasia é o fenômeno da singularidade da reação individual diante de fatores externos.
2. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.27.
3. SANTOS JÚNIOR, Cristovam Alísio dos. *A liberdade de Organização Religiosa e o Estado Brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007.

plexidade, direitos que se situam na esfera individual dos cidadãos e outros que envergam para a esfera da coletividade, por ultrapassarem os interesses de um único indivíduo.

José Afonso da Silva entende que tal liberdade engloba a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de manifestação religiosa.⁴ Validando esse entendimento, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, expressa “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”,⁵ amparando, desse modo, de forma taxativa e direta, a proteção ao direito individual à Liberdade Religiosa e aos seus desdobramentos.

No que diz respeito à Liberdade de Crença, apontada como primeiro desdobramento do Princípio da Liberdade Religiosa por José Afonso da Silva, entende-se que há uma relação intrínseca entre esta e a liberdade de consciência e, como reflexo disso, tem-se o respeito à livre opção religiosa que, segundo Manoel Jorge, se desdobra em ordens positiva e negativa.⁶

Segundo precisas lições do referido autor, a liberdade positiva é a possibilidade assegurada ao indivíduo de crer no que quiser e expressar a sua crença.⁷ Já a liberdade negativa se trata do direito que o indi-

4. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

5. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.

6. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.28-29.

7. *Ibidem*.

vídúo tem de não crer em coisa alguma e de expressar a sua descrença.⁸

Ainda nesse sentido, destaca-se a proteção Constitucional ao direito do crente divulgar a sua crença, seja ela qual for, entendendo que o único meio legítimo para a repressão desse direito é a hipótese de tais preceitos atentarem contra as normas públicas, ultrapassando os limites dos interesses individuais,⁹ evidenciando o fato de que não há direito absoluto.

Acrescente-se, nesse sentido, a ideia de que, embora exista o direito à Liberdade de Crença, este tem sido desrespeitado ao longo do tempo. Exemplo disso foi a expulsão de duas alunas mulçumanas de uma escola pública Francesa por terem se recusado a retirar o véu nas aulas de educação física.¹⁰ Embora em 2008 a Corte Européia dos Direitos Humanos tenha considerado justificada a expulsão das alunas, o Procurador da República Paulo Gustavo Fontes explica que tais medidas ferem o princípio da liberdade de crença e de religião, além de afetar diretamente o Princípio da Dignidade Humana.¹¹ Outros exemplos de desrespeito são a intolerância e, inclusive, as perseguições religiosas, que podem ser evidenciadas no desrespeito ao Candomblé, existente desde o início do século XX na Bahia, e que ainda pode ser percebido — de maneira mais sutil, entretanto — na atualidade.

8. Ibidem.

9. Ibidem.

10. FONTES, Guedes Paulo Gustavo. *Véu islâmico, Laicidade e Liberdade Religiosa*. Disponível em: <<http://www.cienciafe.org.br/JORNAL/ed121/mt3.html>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

11. Ibidem.

Quanto à Liberdade de Culto, indica Aloísio Cristovam dos Santos Júnior ser uma liberdade tanto de cunho individual quanto coletivo, já que tal fenômeno comporta atos individuais, mas também atos realizados pelo indivíduo em conjunto com outras pessoas.¹² Desse modo, depreende-se que o direito à liberdade de culto traduz-se vezes em um direito individual, vezes em um direito coletivo. Reitera-se, todavia, que o exercício desse direito não pode ofender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assegurado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.¹³

Por fim, ao tratar sobre Liberdade de Organização Religiosa, José Afonso da Silva explica ser a possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com Estado.¹⁴ Nesse sentido, esclarece que há três sistemas quanto a relação Estado — Igreja: a confusão — o Estado se confunde com determinada religião, é o Estado teocrático —; a união — há relações jurídicas entre o Estado e a determinada igreja no concernente à sua organização e funcionamento —; e a separação — o Estado e a Igreja não se confundem.¹⁵

Em relação à Liberdade de Organização Religiosa, percebe-se algumas modificações no que tange o elo entre o Estado e a igreja, de modo a possibilitar certos contatos, originando o modelo de separação e colaboração¹⁶ que é traduzido no artigo 19, inciso I, da Lei

12. SANTOS JÚNIOR, Cristovam Alísio dos. *A liberdade de Organização Religiosa e o Estado Brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007.

13. *Ibidem*.

14. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.241-245.

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*.

Maior: “é vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse Público”.¹⁷

2.2. Liberdade Religiosa como Direito Fundamental e Humano

Segundo a clássica classificação de Norberto Bobbio, a liberdade religiosa trata-se de um direito fundamental de primeira geração, podendo ser considerado, também, como um direito civil fundamental que demanda uma proteção negativa por parte do Estado.¹⁸

Para compreender a classificação de Bobbio, entretanto, torna-se essencial o esclarecimento sobre o conceito e evolução dos Direitos Fundamentais.

José Afonso da Silva ensina que os direitos fundamentais — ou Direitos Fundamentais do homem, como ele prefere denominar — referem-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.¹⁹ Além disso, assevera que tais institutos, no nível do direito positivo, designam as prerrogativas e instituições que cada Ordenamento concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas.²⁰

17. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.

18. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 2004, p.708-712.

19. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.163.

20. *ibidem*

No que tange à evolução dos Direitos Fundamentais, André Ramos Tavares aponta que, no decorrer do processo histórico, observou-se a consagração dos direitos civis, políticos, sociais básicos e econômicos, coletivos e, ainda, dos direitos das minorias.²¹

O fato é que o surgimento de tais direitos é oriundo das evoluções histórica-sociais e, portanto, das alterações e necessidades infinitas e inesgotáveis do ser humano. Nesse contexto, surgem as dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais.²²

Manoel Jorge e Silva Neto, ao tratar das gerações dos Direitos Fundamentais, esclarece que a Revolução Francesa, amparada no ideário de liberdade individual e política, determinou o surgimento dos direitos de primeira geração, que são os direitos civis e políticos, marcados pela ausência do Estado nas questões individuais. Entretanto, essa não intervenção do Estado ampliou o nível de desigualdade, o que originou a segunda geração dos direitos fundamentais, que reflete os direitos sociais ou à presta-

21. TAVARES, Ramos André. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

22. No que tange às expressões “gerações” e “dimensões”, esclarece-se que há autores, como André Ramos Tavares e André Puccinelli Júnior, que optam pela primeira expressão, justificando que a segunda traz a dedução de substituição de uma geração por outra. Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.368. Em sentido oposto pensa Manoel Jorge e Silva Neto ao defender que não há que se falar em substituição ou colisão de uma geração de direitos Fundamentais por outra, uma vez que não há “conflito de gerações” entre eles. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ção, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à saúde, lazer e a moradia.²³

Acrescenta o autor que é a explosão de densidade demográfica, o aumento do consumo e a amplitude das transgressões ambientais que originam a terceira geração de direitos, que são os de interesse difuso que tem por destinatários indivíduos indeterminados, como ocorre com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esses direitos são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade. Por fim, apresenta o Direito de quarta geração, também conhecido como Direito das minorias que **visam** atender às demandas da coletividade em prol do respeito das minorias.²⁴

José Joaquim Gomes Canotilho aponta duas funções precípua para os Direitos Fundamentais. A primeira versa sobre a formação, num plano jurídico-objetivo, de normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico individual. Já a segunda implica, num plano jurídico-subjetivo, no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²⁵

Virgílio Afonso da Silva rebate essa ideia ao compreender que a intervenção estatal é elemento neces-

23. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

24. *Ibidem*.

25. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*.

sário para a configuração do Suporte Fático de qualquer direito fundamental. Nesse sentido, explica que “tanto aquilo que é protegido como aquilo contra o qual é protegido” integram o suporte fático da referida espécie de direitos, já que somente se poderá exigir a cessação de uma intervenção, se houver uma intervenção nesse âmbito.²⁶

Os direitos fundamentais são, portanto, aqueles que guardam uma relação com um ordenamento específico. O direito à Liberdade Religiosa é reputado como princípio Fundamental na Constituição Federal de 1988 e, conforme as lições de Robert Alexy, deve receber máxima efetividade, respeitando as questões fáticas e jurídicas.²⁷

Ressalte-se, nesse sentido, que além de direito fundamental à liberdade religiosa é também um direito humano e, por esse motivo, faz-se necessário estabelecer as distinções existentes entre essas duas espécies.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que enquanto o termo “direitos fundamentais” se aplica para os direitos do ser humano reconhecido e explicitado na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado. A expressão “direitos humanos”, por sua vez, guarda relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal independen-

26. SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. p.29. Disponível em: <http://dstic.atualidadesdodireito.com.br//marcelonovelino/files/2012/04/vas_contedo_esencial.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2012.

27. ALEXY, Robert. *Teoria dos princípios constitucionais*, 2008. p. 204.

temente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Desse modo, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional (internacional).²⁸

No mesmo sentido conclui Manoel Jorge e Silva Neto, ao indicar que a designação de “Fundamentais” é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo — constitucional, ao passo que “direitos do homem ou humanos” são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais.²⁹

Desse modo, percebe-se que a fundamental diferença entre os direitos fundamentais e humanos está em seus respectivos habitats, uma vez que aqueles se encontram no ordenamento jurídico de determinado Estado e esses são retratados nos tratados e convenções internacionais.

Diante disso, reitera-se que há a possibilidade de direitos Humanos serem também Fundamentais, desde que cada ordenamento implante a norma internacional sobre direitos humanos, incorporando-as ao sistema nacional, atribuindo-lhe o caráter de direito Fundamental.³⁰

Acrescenta Manoel Jorge que no Brasil a incorporação de direito humano como fundamental ocorre por meio da ratificação — que deve agregar a concordância

28. SARLET, Wolfgang Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.203.

29. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

30. *Ibidem*.

do Congresso Nacional (art.49 da Constituição) e a manifestação do Presidente da República através do decreto de promulgação.³¹ Entende-se, nesse sentido, que os tratados que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, após a emenda 45/2004, por três quintos dos votos e em dois turnos de votação, terão a hierarquia das emendas constitucionais, possuindo, portanto, hierarquia Constitucional. Decisão do STF, pautada na ADIN n° 1.480-DF; Re: n° 466.343, julg. em 31/12/2008, revelou que os tratados que não forem aprovados pelo processo idêntico ao das emendas, serão supra-legais — estarão hierarquicamente superiores às leis, mas abaixo da CF.³²

Entende-se, portanto, que por possuir tutela constitucional e supraconstitucional, a Proteção à Liberdade Religiosa integra a seara de direito fundamental, mas também de Direito Humano.

2.3. Tutela Constitucional à Liberdade Religiosa

A tutela jurídica ao direito Fundamental à Liberdade Religiosa, segundo revela José Afonso da Silva, está no art. 5º, incisos IV, VII e VIII da Constituição Federal de 1988 que prevêm, respectivamente, o livre exercício dos cultos religiosos e garante, na forma da lei, proteção aos locais de cultos e as suas liturgias; a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva e estatui que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa.³³ Além disso, esse direito é também

31. Ibidem.

32. Ibidem.

33. DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op.cit.

tutelado no artigo 19, inciso I que obriga aos poderes públicos a não embaraçarem o exercício dos cultos religiosos e protegê-los, impedindo que outro o faça. Percebe-se essa tutela também no artigo 150, inciso VI, “b”, que proíbe o embaraço por via tributária.³⁴

No mesmo sentido, conclui Jayme Weingartner Neto ao elencar que tal direito é resguardado no próprio preâmbulo da Constituição Federal e nos já referidos artigos 5º, incisos IV, VII e VIII; e no 19, inciso I. Acrescenta ainda o artigo 143, § 1º e 2º, do capítulo das forças armadas, que atribui serviço alternativo (ao militar obrigatório), entendendo-se o imperativo de consciência como decorrente de crença religiosa ao mesmo tempo em que isentam eclesiásticos, em tempos de paz, do serviço militar obrigatório.³⁵

Por fim, demonstra a preservação do referido princípio, no capítulo referente à ordem social, artigo

34. Art. 19, inciso I, Cf: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.” e art. 150, inciso I, “b”: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;”

35. Art. 143, § 1º: “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.” § 2º “As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.” Cf. *Constituição Federal de 1988*.

210, §1º atinente à educação e no capítulo da Família, ao dispor sobre casamento religioso com efeito civil, artigo 226, §2º, Constituição Federal.³⁶

Partindo do entendimento de que a liberdade religiosa ultrapassa os caracteres de direito fundamental sendo, também, resguardada como direito humano, faz-se necessário explicitar o seu respaldo nos tratados e convenções.

Nesse sentido, esclarece Manoel Jorge e Silva Neto que se tem a garantia da liberdade religiosa na Declaração do Direito dos Homens e dos Cidadãos, de 1789, em seu artigo I³⁷; na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, em seus artigos I, II e XVIII³⁸; no Pacto Internacional dos Direitos Civis

36. Art. 210, § 1º, CF: “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, § 1º – O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”; e art. 226, § 2º, CF: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.” Cf. Constituição Federal de 1988.

37. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

38. Declaração dos direitos Humanos, de 1948, art. I: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras, com espírito de Fraternalidade”. Art. II: “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza (...)”. Art. XVIII: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

e Políticos, em seus artigos 18.1, 18.2 e 18.4³⁹; na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 12, itens 1 a 4⁴⁰; na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião e Crença em seus artigos I, II §2º, III e V⁴¹;

-
39. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: art.18.1: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito inclui a liberdade de ter ou de adoptar a religião ou as crenças de sua escolha, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou as suas crenças, individual ou colectivamente, tanto em público como em privado, pelo culto, pela celebração dos ritos, pela prática e pelo ensino”; art. 18.2: “Ninguém será objecto de medidas coercivas que possam prejudicar a sua liberdade de ter ou de adoptar a religião ou as crenças e sua escolha”; e 18.4: “Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e dos tutores legais, se for o caso, de modo a garantir que os filhos recebam uma educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções”.
40. Redação idêntica àquela do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.
41. Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença. Art. I: “Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.”; art. II, §2º: “Aos efeitos da presente declaração, entende-se por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”; e art. III: “A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da *Carta das Nações Unidas*, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na *Declaração Universal de Direitos Humanos* e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais

e, por fim, na Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção n° 111, em seu artigo 1° item 1.⁴²

3. A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE E A LIBERDADE RELIGIOSA

3.1. Sobre a definição de garantidor

Segundo Cláudio Brandão, garantidor é aquele sujeito que tem a obrigação de garantir a não-ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico protegido.⁴³ Desse modo, indica Juarez Cirino dos Santos que a posição de garantidor é o elemento do tipo da omissão de ação imprópria, o que torna essencial a exigência do princípio da legalidade para a sua configuração.⁴⁴

Entende-se por omissão imprópria ou penalmente relevante,⁴⁵ portanto, aquela que é resultado da não-ação do garantidor, ao passo que a omissão própria é aquela que pode ser realizada por qualquer pessoa comum.

de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações.”;

42. OIT. Art. I, item i: “ a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;”

43. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.134.

44. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. Ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

45. Cezar Roberto Bittencourt critica a expressão “penalmente relevante” adotada, inclusive, no Código Penal brasileiro, por compreender que esta descaracteriza a omissão própria como, também, relevante. Cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.228.

Desse modo, esclarece o supracitado autor que há dois critérios para definir a posição do garantidor. O primeiro é o critério formal — que considera a lei, o contrato e a ação precedente perigosa como fontes do dever de garantia —; e o segundo é o critério material que trabalha com outras duas fontes alternativas de dever de garantia. Uma se refere à proteção de pessoa e bem jurídico determinados e a outra referente à segurança de fontes de perigo determinadas visando à proteção de pessoas ou bens jurídicos indeterminados.⁴⁶

A legislação brasileira adota o critério formal para definir a posição do garantidor e tal escolha é retratada no art.13, parágrafo 2º, do Código Penal que aduz:

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e c) com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado.”⁴⁷

Nesse sentido, reitera Brandão que a omissão imprópria — ou comissão por ação, como prefere denominar — só se concretiza quando há um dever de agir oriundo de uma vinculação entre especial entre o sujeito e vítima ou entre o sujeito e a fonte produtora de perigo. Nessas circunstâncias, cabe ao sujeito assegurar a não-ocorrência do resultado, uma vez que possui a posição de garantidor.⁴⁸

46. Ibidem.

47. Art.13, parágrafo 2º, CP.

48. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.134.

3.2. As consequências jurídicas da omissão imprópria

Conforme as lições de Juarez Cirino dos Santos o tipo subjetivo da omissão imprópria — ou omissão de ação imprópria — é o dolo e a imprudência.⁴⁹ Para a teoria dominante, diferentemente do que ocorre nos tipo de ação, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de vontade. Basta, nos casos omissivos, que se permita a ocorrência das coisas, conhecendo-se a situação de perigo e a capacidade de agir. No que tange à omissão imprópria, agrega-se aos dois referidos fatores, ainda, o conhecimento do resultado e do dever de agir oriundo da posição de garantidor do indivíduo.⁵⁰

No mesmo sentido esclarece Claudio Brandão que, por serem elementos constitutivos do tipo, os pressupostos fáticos que configuram a condição de garantidor devem ser abrangidos pelo dolo. Desse modo, reitera o referido autor, que cabe ao agente ter a consciência do seu papel de garantir a não-ocorrência do resultado.⁵¹

Entende-se, portanto, que ao cometer um ato omissivo impróprio, o garantidor sofrerá consequências jurídicas, uma vez que responderá criminalmente pelo resultado ocasionado por sua omissão e descumprimento do seu dever de agir. Assim, diferentemente do que ocorreria em hipótese de omissão própria, na qual o sujeito responderia por omissão de socorro

49. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.206.

50. Idem.

51. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.240.

(art. CP), em caso de omissão imprópria, o garantidor responde pelo resultado, como se o tivesse realizado.

3.3. A omissão imprópria e o motivo de consciência

Segundo a teoria da conduta, respaldada pelo próprio Código Penal brasileiro, em seu art. 13, parágrafo 2º, a omissão do garantidor configura-se como delito e, portanto, deve ser punida criminalmente.

Entretanto, há situações nas quais as omissões são pautadas não em imprudência, ou na inobservância de um dever de cuidado ou na vontade de alcançar o resultado lesivo ao bem jurídico, mas sim em um motivo de crença e convicção pessoal que, sendo extremamente relevante para a integridade moral do indivíduo⁵², o impede de agir, deixando de cumprir o seu papel de garantidor.

Como exemplo esclarecedor da referida situação é o de um médico que, sendo seguidor da religião Testemunha de Jeová, se recusa — por motivos de crença religiosa — a fazer uma transfusão de sangue em paciente em estado grave.

Nessa situação, segundo a análise feita até aqui, o médico estará deixando de agir, mesmo estando ciente do seu papel de garantidor e do possível resultado danoso à vítima. Assim, em caso de morte de paciente ou de grave dano, será responsabilizado por homicídio doloso (art. CP) ou por lesão corporal dolosa (art. CP), respectivamente.

52. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de La teoría del delito. Tomo I.* Madrid: Civitas, 1997, p.941.

Diante do exposto, questiona-se se deve-se fulminar o princípio da Liberdade de crença, tutelado no art.5º, inciso VI, da Constituição Federal, aliado à própria integridade moral e, por consequência, a própria dignidade do médico, em prol da proteção à vida do paciente? Ou, ainda, se o referido fator de consciência não tem nenhuma relevância ou influencia no momento de incriminar a ação omissiva?

Para responder a estas questões, no capítulo seguinte, far-se-á uma breve análise da teoria da culpabilidade e da possibilidade de o motivo de consciência ser causa de exclusão desta.

4. CULPABILIDADE

4.1. Causas de exclusão da culpabilidade

Entende-se por culpabilidade um juízo de reprovação pessoal que incide sobre uma conduta típica e ilícita praticada pelo agente⁵³. Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que uma conduta é típica quando se encaixa ao tipo previsto pela norma penal e que é ilícita quando fere o ordenamento jurídico, sem que esteja pautada nas excludentes de ilicitude, ou seja, sem que haja um motivo justificante para tal.

Sobre o conceito de Culpabilidade no Direito Penal, afirma Roxin ser a realização de um injusto, apesar da capacidade de compreensão normativa pelo sujeito e da faculdade de conduzir-se de forma distinta.⁵⁴

53. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2009. p. 381.

54. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*.

Ainda sobre o conceito de culpabilidade Jakobs entende ser uma reprovação à atitude do agente⁵⁵. E, da mesma forma, reitera Zaffaroni, ao concluir que culpável é o indivíduo que, conhecendo a ilicitude da sua conduta e, podendo agir conforme ao direito, opta por agir de forma contrária a este.⁵⁶

Nesse sentido, esclarece Juarez Cirino dos Santos que a culpabilidade é um juízo de reprovação, cujo objeto é um tipo de injusto, que tem por fundamento a imputabilidade — conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber e controlar as suas ações. Trata-se de critérios biológicos e biopsicológicos —; o conhecimento do injusto — é a consciência de que a sua conduta é ilícita —; e a exigibilidade de conduta diversa — que é a possibilidade de o indivíduo agir de outra forma à evitar a concretização do ato típico e ilícito.⁵⁷

Desse modo, entende-se que será culpável o indivíduo que, dotado de capacidade biológica e biopsicológica, tendo o conhecimento do injusto e podendo agir de outra forma, comete uma infração penal, pois age da forma típica, ilícita e culpável, segundo o conceito analítico de crime.⁵⁸

55. JAKOBS, Gunther. *Manual de derecho penal*, p.08.

56. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora. p. 143.

57. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 274.

58. A função do conceito analítico é, sem fracionar o conceito de infração penal, analisar os seus elementos, de modo a compreender que o crime é um todo unitário e indivisível. Assim, segundo o referido instituto, o delito é fato típico, ilícito e culpável. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2009. p. 144.

Diante da exposição dos elementos caracterizadores da culpabilidade conclui-se que a ausência ou a existência não perfeita destes, resulta em causas de exclusão do juízo de reprovação.

Esclarece Roxin que “as causas de exculpação são uma forma específica de culpabilidade diminuída, que tem como consequência o desaparecimento da culpabilidade jurídica.”⁵⁹

Têm-se, desse modo, três causas excludentes de culpabilidade: a inimputabilidade; o desconhecimento do injusto; e a inexigibilidade de conduta diversa. A esta última será dada relevância significativa, no presente trabalho, por mera questão de delimitação didática.

4.2. A inexigibilidade de conduta diversa

Reitera Rogério Greco que “o conceito de exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade concedida ao agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana.” E ressalva, ainda, que tal possibilidade variará de pessoa para pessoa, não se podendo estabelecer um “padrão” de culpabilidade.⁶⁰

Para compreender, entretanto, a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade, essencial se faz saber a forma pela qual o referido instituto passou a integrar a teoria do delito. Para tanto, cabe uma breve análise sobre a evolução da supracitada teoria.

59. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*. Tradução livre.

60. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 415.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt a sistematização conceitual da culpabilidade é de data recente, surgindo as suas primeiras delineações conceituais e estruturais contemporâneas, em meados do século XIX.⁶¹

Aponta Rogério Greco que a evolução da teoria da culpabilidade se deu da seguinte forma: inicialmente apresentou-se a teoria psicológica de culpabilidade, depois a psicológico-normativa e, posteriormente, surgiu a teoria normativa pura, existente até os dias atuais.⁶²

Nesse sentido, esclarece Lúcio Antônio Chamon, que primeiramente, no século XIX, encontra-se a concepção psicológica da culpabilidade, oriunda da teoria causalista clássica do delito, baseada no conceito causalista da ação — para o qual a ação gera o resultado —, defendida por Belling.⁶³

Tal concepção, conforme orienta Cezar Roberto Bittencourt, tem relação direta com o naturalismo causalista, de modo que “a culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo delito que causou”. Nesse sentido, *dolo* e *culpa* são os únicos elementos constitutivos da culpabilidade e admite, apenas, como seu pressuposto a imputabilidade — tida aqui como a capacidade de ser culpável —. Assim, a tipicidade e a ilicitude apresentam os elementos objetivos — parte

61. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.335.

62. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p 387-389.

63. ANTONIO JUNIOR, Chamon Lúcio. *Teoria Constitucional do Direito Penal Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*.

exterior do fato punível — e a culpabilidade os elementos subjetivos — componentes psíquicos.⁶⁴

Por não conseguir explicar a culpabilidade, pois que não há relação entre a ação — como manifestação de vontade — e o resultado, surge a teoria psicológico-normativa.

É a teoria psicológico-normativa, conforme aponta Bittencourt, que transforma dolo e culpa em elementos da culpabilidade e não mais em espécies de culpabilidade. Para a referida teoria, a culpabilidade passa a ser juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato típico e ilícito, condicionando-se à existência de certos elementos como a imputabilidade; o elemento psicológico-normativo *dolo* ou *culpa*; e a exigibilidade de conduta conforme ao direito.⁶⁵

Apesar disso, segundo afirma Rogério Greco, é o sistema neoclássico de metodologia Kantiana⁶⁶, responsável pela introdução da teoria normativa pura, que gera modificações no sistema clássico, especialmente no que tange ao tipo penal e à culpabilidade. O novo modelo introduziu elementos subjetivos e normativos no tipo e transformou a culpabilidade, que antes era mera relação psicológica entre o agente e o fato, em um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos normativos.⁶⁷

64. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.335.

65. *Ibidem*.

66. Para Kant, conhecimento é experiência + valor. cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p.386.

67. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 387.

E acrescenta o autor que é a partir desse momento que os elementos subjetivos, *dolo* e *culpa*, deixam de ser o bastante para a punição pelo fato ilícito cometido pelo agente, uma vez que seria necessário ainda que, nas condições em que se encontrava, fosse possível exigir-lhe uma conduta conforme ao direito.⁶⁸ Desse modo, o conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma repercutiu sobre toda a culpabilidade, resolvendo os problemas não solucionados pela teoria clássica, a exemplo da coação irresistível, obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico que já poderiam ser tratados pela culpabilidade.⁶⁹

Já tendo compreendido o processo de inserção da exigibilidade da conduta diversa, necessário se faz o entendimento da inexigibilidade como causa de sua exclusão.

Esclarece Juarez Cirino dos Santos que a ideia de inexigibilidade de comportamento diverso fundamenta situações de exculpação legais e supralegais, de acordo com as previsões explícitas ou não no ordenamento jurídico.⁷⁰

Conforme indica Cezar Roberto Bittencourt, as situações exculpantes legais são aquelas trazidas pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 22, como: a coação irresistível — caracterizada pelo emprego de força ou de ameaça irresistível contra o coagido para a reali-

68. Ibidem.

69. Ibidem.

70. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.321.

zação crime —; a obediência hierárquica — é a relação de subordinação de direito público, entre funcionário público de hierarquia superior e funcionário de hierarquia inferior que deve obediência ao seu superior.⁷¹

Juarez Cirino dos Santos aponta como causas supra-legais de inexigibilidade de conduta diversa: o fato de consciência; a provocação da situação de legítima defesa; a desobediência civil, e o conflito de deveres. Mais uma vez, por questão de delimitação didática, dar-se-á enfoque ao motivo de consciência.

4.3. Motivo de Consciência

Fato de consciência, conforme esclarece Juarez Cirino, é aquele que autoriza o descumprimento de uma exigência normativa, por meio de uma ação ou omissão, porque esta vai de encontro às questões morais e religiosas do indivíduo.⁷²

Nesse sentido, Claus Roxin explica que o fato de consciência se divide em motivo de consciência individual — aquele que tem relação com as concepções e escolhas de vida e visão de mundo de cada sujeito —; e o motivo de crença — aquele pautado em convicções religiosas. Para o referido autor, apenas o segundo pode ser causa de exclusão de culpabilidade⁷³ e é a este que se dará relevância no presente estudo.

71. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.357.

72. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.330-331.

73. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, p.90.

Segundo o Juarez Cirino os objetos de fato de consciência são as decisões morais ou religiosas que são tidas como deveres incondicionais vinculantes da conduta, garantidos geralmente pela liberdade de crença e de consciência, asseguradas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI.⁷⁴ Ressalte-se, nesse sentido, que tais liberdades podem ser limitadas, somente, quando atrapalharem o exercício de outros direitos individuais⁷⁵ assegurados, também, pela Carta Maior, mas não pela Lei Penal.

Nesse sentido, entende-se que a proteção constitucional atribuída ao fato de consciência — como sentimento interior de dever incondicional que define a experiência existencial — impede a sua valoração como certo ou errado.⁷⁶

Para Claus Roxin as razões impostas por quem alega o motivo de consciência devem possuir um caráter de imperativo moral ineludível, capaz de, por sua seriedade, dominar toda a personalidade. Desse modo, não cabe ao Estado julgar como certo ou errado os motivos que ensejaram a conduta do indivíduo.⁷⁷

Por fim e, no mesmo sentido, conclui Bruno Hering Junior ao informar que “os motivos levantados pelo dissidente devem estar fundamentados em um conflito de consciência significativo, que leve o agente

74. Idem.

75. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008. p.28-29.

76. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.330-31.

77. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997. p.91.

a passar por autêntica e profunda luta interna, apta a afetar a sua própria personalidade.⁷⁸ E acrescenta que a norma que impede o indivíduo de cumprir a obrigação legal, deve estar tão enraizado em sua vida, de modo que a sua não observação, gere prejuízo à sua própria integridade moral.⁷⁹

4.4. O motivo de consciência como exclusão de culpabilidade

Após perceber-se que o motivo de consciência é apontado como uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade⁸⁰, torna-se essencial uma nova análise do exemplo citado no capítulo anterior, agora pautada na visão de Roxin e de Juarez Cirino, para quem o motivo de consciência é uma causa exculpante, visando concretizar o direito fundamental à Liberdade Religiosa como garantia individual do cidadão.

Para Juarez Cirino dos Santos “em tipos penais que protegem direitos humanos fundamentais, a exculpação do fato de consciência é condicionada à proteção do bem jurídico por uma alternativa neutra.”⁸¹ Desse modo, no exemplo utilizado, a recusa do médico em realizar a transfusão sanguínea necessária é suprida pela ação de outro médico. Nesse sentido, reitera o autor que em nenhuma hipótese o fato de consciência é motivo de exculpação à efetiva lesão ao

78. HERING JÚNIOR, Bruno. *Objeção de consciência e direito penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.46.

79. *Idem*.

80. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed.rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.330-331.

81. *Ibidem*.

bem jurídico⁸². Assim, o motivo de consciência só poderá ser invocado como causa exculpante de culpabilidade quando a omissão do garantidor não gerar qualquer prejuízo ao bem jurídico tutelado, uma vez que o dever de cuidado será transferido a um terceiro.

Na visão de Roxin, o motivo de consciência deve exculpar a culpabilidade, uma vez que tais ações ou omissões — por motivo de consciência — excluem a necessidade de uma sanção seja de caráter preventivo geral ou preventivo-especial. Ou seja, não há necessidade de que tal conduta seja punida pelo direito penal-última ratio. Assim, para Roxin, o médico do exemplo não seria punido penalmente, uma vez que não haveria proporcionalidade entre a ação e a retribuição penal.⁸³

O que se defende no presente trabalho é a união das concepções supracitadas, uma vez que se compreende que o médico, enquanto garantidor, pode invocar o motivo de consciência — pautado em questões de crença — como causa supra legal de exculpação, quando a sua omissão for suprida por uma alternativa neutra, de modo a não prejudicar o paciente. Tal entendimento é baseado na teoria dos limites imanentes que assegura que todo direito possui um limite, podendo este estar previsto na Constituição, na lei ou podendo ser fixado por um juiz na aplicação de um caso concreto, evidenciando, mais uma vez, a impossibilidade de direito absoluto.⁸⁴ Assim, o direito à liberdade de crença não pode, nem deve, fulminar o exercício do

82. Ibidem.

83. ROXIN, Claus *Culpabilidad y prevencion em derecho penal*, p.91.

84. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.594.

direito à vida e, menos ainda, prejudicar ou violar o direito à vida de terceiro, pois que este é, constitucionalmente, inviolável (art. 5º, *caput*, CF, 1988).

Defende-se, ainda, que o direito penal, devido ao seu caráter subsidiário e fragmentário não deve, enquanto *ultima ratio*, punir o exercício de um direito assegurado no próprio Ordenamento Jurídico, sob pena de cometer o grave equívoco de punir uma conduta jurídica, eliminando a ideia de que se deve agir conforme ao direito e, ainda, afetando a segurança jurídica e a ordem social.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da Liberdade Religiosa e da Liberdade de crença tem ampliado o seu espaço servindo, inclusive, como causa de exclusão de culpabilidade da ação omissiva do garantidor e se concretizando como princípio extremamente relevante e conformador da dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, pode-se apreender que:

1. O direito à Liberdade Religiosa, junto aos seus desdobramentos — Liberdade de crença, de Culto e de Organização Religiosa —, é resguardado pela Constituição Federal de 1988 e classificado como direito formalmente Fundamental, por pertencer ao artigo 5º, inciso VI.
2. Compreende-se, ainda, a Liberdade Religiosa como Direito Humano, por ser referido e tutelado por diversos Tratados e Convenções alienígenas.

3. Percebe-se que, embora haja a tutela constitucional e transconstitucional ao princípio da Liberdade Religiosa, este já foi muito desrespeitado no decorrer do processo histórico e, em pleno século XXI, ainda o é, mesmo que de maneira mais sutil.
4. Entende-se por garantidor o indivíduo que é incumbido da obrigação de proteger um bem jurídico tutelado e cujo descumprimento de obrigação é caracterizado como omissão imprópria — ou omissão penalmente relevante.
5. A omissão penalmente relevante acarreta consequência jurídica, uma vez que o seu autor responderá pelo dano causado à vítima, como se o tivesse provocado. Desse modo, o garantidor será punido pelo delito na modalidade culposa — por imprudência — ou na modalidade dolosa — entendendo-se dolo como vontade e consciência.
6. Aponta-se a dúvida sobre a situação do garantidor quando a sua omissão for pautada em um motivo de consciência.
7. Entende-se por culpabilidade um juízo de reprovação da ação que tem como um dos seus critérios a exigibilidade de conduta diversa — possibilidade conferida ao agente de agir conforme ao direito —, que passa a integrar a culpabilidade, sob influência da teoria normativa.
8. A inexigibilidade de conduta diversa é, portanto, causa de exclusão de culpabilidade que apresenta, como causa supralegal de exclusão, o Motivo de Consciência.

9. Motivo de consciência é aquele pautado em convicção religiosa que, por ser tão relevante para o indivíduo, não deve ser descumprido, sob risco de gerar lesão à integridade moral do seu seguidor.
10. Entende-se que o motivo de consciência — pautado em questões religiosas — pode ser invocado como causa supralegal de exclusão de culpabilidade pelo garantidor, quando a sua omissão for suprida por uma alternativa neutra, de modo a não prejudicar ou violar direitos da vítima. Entende-se, ainda, nesse sentido, que o direito penal, enquanto *ultima ratio* não deve ser utilizado para punir uma conduta — ou a ausência desta — assegurada pelo próprio ordenamento jurídico, sob pena de se desautorizar normas Constitucionais e, assim, gerar uma insegurança jurídica.
11. Entende-se, portanto, que o direito à Liberdade Religiosa tem alargado a sua relevância e tem incidido em diversos ramos do direito, inclusive o Penal, sendo princípio conformador e concretizador do exercício da Dignidade da Pessoa Humana.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 204.
- ANTONIO JUNIOR, Chamon Lúcio. *Teoria Constitucional do Direito Penal Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 2004, p.708-712.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.228.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.134.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FONTES, Guedes Paulo Gustavo. *Véu islâmico, Laicidade e Liberdade Religiosa*. Disponível em: <<http://www.cienciafe.org.br/JORNAL/ed121/mt3.html>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2009. p. 381.
- HERING JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.46.
- JAKOBS, Günther. *Manual de derecho penal*, p.08.
- ROXIN, Claus. Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, p.941.

- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. rev. Ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SANTOS JÚNIOR, Cristovam Alísio dos. *A liberdade de Organização Religiosa e o Estado Brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007.
- SARLET, Wolfgang Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.203.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.594.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.27.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*.p.29. Disponível em: <http://dstic.atualidadesdodireito.com.br//marcelonovelino/files/2012/04/vas_contedo_esencial.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2012.
- TAVARES, Ramos André. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora. p. 143.

Capítulo IX

O levantamento da personalidade jurídica das sociedades comerciais, em Portugal, Brasil e Estados Unidos da América

Rebecca Wicks Sant'anna

Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito de Lisboa.
E-mail: beckinha_wicks@hotmail.com

O levantamento da personalidade jurídica das sociedades comerciais, em Portugal, Brasil e Estados Unidos da América

Resumo: O presente trabalho visa analisar o modo pelo qual o instituto do levantamento da personalidade jurídica, em Portugal, ou a desconsideração da pessoa coletiva, no Brasil, ou o *piercing of the corporate veil* ou *diregard of corporateness*, nos Estados Unidos da América, é aplicado nos três ordenamentos, quanto às sociedades comerciais. Utiliza-se nesse estudo um método voltado à comparação das regras e institutos jurídicos, logo o método funcional, não tendo, portanto, o presente trabalho o desejo de tratar do assunto de forma exhaustiva, já que a questão do levantamento da personalidade jurídica pode ser estudada em diversos âmbitos como o cultural, histórico e econômico. No decorrer do trabalho irá desenvolver-se uma microcomparação, que consistirá em analisar a origem e o desenvolvimento do instituto; como o instituto é aplicado nos diferentes ordenamentos escolhidos; a posição da doutrina, da jurisprudência e da legislação de cada país, de forma breve; quem o ordenamento visou proteger ao desenvolver a teoria do levantamento. Pretende-se, portanto, com este trabalho fazer uma apresentação geral sobre o levantamento da personalidade coletiva.

Sumário: 1. O direito brasileiro — 2. O direito português — 3. O direito norte-americano — 4. Grelha comparativa — 5. Síntese comparativa / considerações finais — 6. Referências.

1. O DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento brasileiro faz parte da família que é conhecida por família jurídica romano-germânica, na qual o “Direito assume uma função nuclear na regulação da vida social”¹. Além disto, esta família e, portanto, o próprio Direito brasileiro, tem uma característica que é o culto à Lei, o que não quer dizer que a doutrina e a jurisprudência não tenham contribuído, contribuíram e muito, o que leva-nos a procurar a resposta para o nosso objeto, prioritariamente, no Código Civil brasileiro, mais especificamente no art. 50 que dispõe:²

Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Mas nem sempre foi assim. Antes de surgir o Código Civil brasileiro de 2002, a teoria da desconside-

1. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Introdução e Parte Geral. Volume I. Coimbra: Almedina, 2008.
2. Código Civil de 2002. In: *Vade Mecum Compacto*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

ração da personalidade jurídica vinha sendo estudada e aplicada, de forma exaustiva, desde 1970 sem uma expressão clara no ordenamento, sem, portanto, uma indicação normativa específica. A recepção da teoria é feita via doutrina pelo comercialista Rubens Requião em 1969³, e pelo ordenamento, legislação em si, através do artigo 50 do Código Civil brasileiro de 2002, que hoje é taxativo no que diz respeito aos casos de despersonalização, momento que marca a sua tutela de fato pela legislação pátria; antes do artigo 50 a jurisprudência por exigência do sistema já se valia de outros fundamentos para realizar o levantamento e como dito acima, a doutrina já se debruçava sobre o assunto. Com a pessoa coletiva, devidamente constituída, surge para a própria a personalidade jurídica distinta de seus membros, “bem como a lei atribui-lhe capacidade de ter direito e contrair obrigações”⁴. Com o reconhecimento da pessoa jurídica, segundo o professor Antônio Menezes de Cordeiro⁵, surgem duas consequências: a imputação à pessoa coletiva de atos ilícitos perpetrados pelos seus suportes orgânicos; e, a limitação patrimonial da pessoa coletiva à responsabilidade das obrigações por esta assumida. É justamente esta autonomia patrimonial, que em alguns casos pode dar ensejo à realização de fraudes, em prejuízo de credores ou de objetivo fixado em lei. Assim,

3. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.
4. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.
5. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

com o atender ao princípio da autonomia patrimonial perpetra-se a fraude contra credores em determinadas situações⁶. Seriam nestes casos que a teoria da desconsideração atuaria, suspendendo, levantando, desconsiderando o modo coletivo, com finalidade de responsabilizar direta e pessoalmente a pessoa que se valendo do véu da sociedade, perpetrou o ato fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial. Exponentes como Rubens Requião, Fábio Ulhoa Coelho⁷ e Lamartine Corrêa⁸, já aqui citados, trataram da teoria antes da tutela legal. Lamartine afirma que⁹

Os problemas ditos de “desconsideração” envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu ou foi ela um mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas?(...) Se é verdade que uma outra pessoa está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora da sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrário, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça sem predomínio da realidade sobre a aparência.

6. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 33.
7. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.
8. LAMARTINE, J. Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, FDL, 1979.
9. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

“Salienta-se que, da forma como foi originariamente concebida, a teoria referia-se a uma desconsideração realizada pelo Poder Judiciário, não havendo qualquer previsão legal específica a respeito”¹⁰. Era de se esperar portanto que já que não foi um desenvolvimento jurisprudencial brasileiro, a origem do instituto remete ao Direito norte-americano, a doutrina e a jurisprudência, principalmente esta última, se esforçasse para solucionar problemas apresentados na altura em que não havia tutela legal, culminando esse esforço na realização do artigo 50, em 2002. O problema estaria no mau uso da pessoa jurídica¹¹. Existem duas teorias acerca da desconsideração da personalidade jurídica, no Direito brasileiro, segundo Fábio Ulhoa Coelho¹²: a teoria maior e a teoria menor; a primeira é aquela mais elaborada, de maior consistência e abstração, é aquela que distingue com clareza o levantamento da personalidade dos outros institutos, que diz que o juiz pode ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela; e, a segunda é aquela que se refere a “toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio do sócio por obrigação social”, que consiste em que o simples fato de haver prejuízo ao credor já possibilitaria afastar a

10. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

11. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 33.

12. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. apud SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil Brasileiro*. Lisboa, 2004.

autonomia patrimonial ou seja “a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica”¹³. A teoria maior parece ser de fato a mais acertada, até com base no Código Civil pátrio que taxativamente elenca, circunscreve, acrescenta requisitos para que o instituto possa ser utilizado e achamos que ele se aproxima da teoria maior. Havia no Direito brasileiro, quanto à previsão legal da teoria, uma vasta ordem. Em sua tese, Manoelle Soldati enumera inúmeras expressões legais que teriam acolhido o instituto, entretanto ressalta “o caráter excepcional na aplicação da teoria” concluindo que “uma vez o ordenamento tenha contemplado normas sancionatórias para hipóteses (...), não há que se utilizar do instituto da desconsideração para se alcançar o resultado almejado”. A desregard doctrine, como concebida nos Estados Unidos da América objetivaria trazer aos sistemas jurídicos soluções de conflitos que, uma vez caracterizadas pelo abuso de uma das partes à desvincular-se de suas obrigações perante seus credores, não encontram previsão legal específica para resolução da lide. O Direito brasileiro termina por se distanciar da teoria original já que acolheu a própria em previsão legal específica. O instituto da desconsideração, agora normatizado, deve ser, portanto, utilizado nos casos concretos, onde por atos abusivos e fraudulentos das partes, que se escondendo atrás do véu da pessoa coletiva e de sua autonomia patrimonial, a esquivar-se de sua responsabilidade, lesassem credores. Chega-se a conclusão, portanto,

13. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 35.

através dos estudos realizados para o desenvolvimento do presente trabalho que, embora a jurisprudência e a doutrina possam querer desenvolver requisitos ou pressupostos para “furar o véu societário”, é o artigo 50 do Código Civil que realmente reúne os pressupostos e requisitos e termina de uma forma restringindo a aplicação do levantamento da personalidade jurídica. A redação do artigo supracitado abrange as expressões: “abuso de personalidade jurídica”; “pelo desvio de personalidade”; “confusão patrimonial”; “os efeitos de certas e determinadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Podemos retirar, portanto da redação que haveria uma suspensão do modo coletivo da pessoa jurídica, deixaria a sociedade e o sócio de serem tratados como se um só fossem¹⁴, prevendo a extensão da responsabilidade, não apenas aos sócios mas também aos administradores, em situações que haja abuso de personalidade da pessoa coletiva caracterizado pelo desvio de função ou confusão patrimonial.¹⁵ A fraude, segundo José Neves Xavier, estaria implícita na redação do artigo, quando o mesmo se refere ao abuso de personalidade jurídica e ao desvio de finalidade.¹⁶ Haveria a desconsideração

14. SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.87 apud SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

15. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

16. A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.30, n. 89, p. 174, 2003 apud SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da*

da personalidade justamente porque em determinados casos não haveria que se falar na distinção do sócio e da sociedade ou porque o administrador, se valendo da pessoa coletiva, agiu de maneira a lesar um terceiro através da pessoa jurídica, abusando de sua personalidade. “Os objetivos da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica são, portanto, coibir a fraude e o abuso de direito, garantir o direito do crédito e proteger o instituto da pessoa jurídica”¹⁷, para nós é exatamente esta a ideia que o artigo 50 transmite e que a própria teoria da “desrigard doctrine” visa atingir ao ser elaborada quanto ao seu âmbito de aplicação. Segundo Federici Gomes¹⁸ é pressuposto para a desconconsideração que existam barreiras para a responsabilização dos agentes que se utilizaram da autonomia patrimonial para praticar o desvio de função da sociedade personificada; e, somente será viável a desconconsideração ante a insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica. Não concordamos com esta ideia. Há, no entanto, no âmbito da jurisprudência, assim como aponta Soldati, tribunais que manifestaram seu entendimento diverso, afirmando que pode haver desconconsideração por mera insuficiência de patrimônio, ao citar o Acórdão 206787- 2, Origem:

personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro. Lisboa, 2004.

17. Retirado de Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.55, 2008. GOMES, Magno Federici; MAIA, Estafânia Lima. *O levantamento do véu societário no direito consumerista brasileiro: questões processuais e procedimentais.*
18. Retirado de Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.55, 2008. GOMES, Magno Federici; MAIA, Estafânia Lima. *O levantamento do véu societário no direito consumerista brasileiro: questões processuais e procedimentais.*

Campinas, 11º Câmara Cível, Rel. Pinheiro Franco, 17/06/93, ementa 39331. O artigo 50, entretanto, nada diz acerca da insuficiência do patrimônio da sociedade como sendo requisito para a aplicação do mesmo, nem mesmo cita a insuficiência patrimonial. A maioria da doutrina brasileira acompanha o entendimento de que a mera subcapitalização não implica em desconsideração. Em conformidade com este pensamento podemos citar decisões, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que se referem aos pressupostos e requisitos para a incidência do instituto ou das situações em que seria realizada a desconsideração da personalidade, quais sejam¹⁹

A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional *sendo apenas admitida em caso de evidente caracterização de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou, ainda, conforme reconhecido por esta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial.*(grifo nosso)

E, ainda²⁰

A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica — *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto

19. RECURSO ESPECIAL 1180714 / RJ (2010/0022474-9). Rel. Ministro Luis Filipe Salomão, Superior Tribunal de Justiça.

20. RECURSO ESPECIAL Nº 1141447 / SP (2009/0177039-5) Rel. Ministro Sidnei Beneti, Superior Tribunal de Justiça.

social da empresa —, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.” E, por fim “DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1) DISTINÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE NATUREZA SOCIETÁRIA. 2) REQUISITO OBJETIVO E REQUISITO SUBJETIVO. 3) ALEGAÇÃO DE DESPREZO DO ELEMENTO SUBJETIVO AFASTADA. I — Conceitua-se a desconsideração da pessoa jurídica como instituto pelo qual se ignora a existência da pessoa jurídica para responsabilizar seus integrantes pelas consequências de relações jurídicas que a envolvam, distinguindo-se a sua natureza da responsabilidade contratual societária do sócio da empresa. II — *O artigo 50 do Código Civil de 2002 exige dois requisitos, com ênfase para o primeiro, objetivo, consistente na inexistência de bens no ativo patrimonial da empresa suficientes à satisfação do débito e o segundo, subjetivo, evidenciado na colocação dos bens suscetíveis à execução no patrimônio particular do sócio — no caso, sócio-gerente controlador das atividades da empresa devedora.* (grifo nosso)

Soldati desconsidera, ainda, como casos para a aplicação da teoria, os de grupos de sociedades, citando Alexandre Couto Silva e Genacéia da Silva Alberton.²¹ Presente o exposto, chegamos à conclusão de que os requisitos para ser realizado a desconsi-

21. Citando SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, p.159; ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor – aspectos processuais, p.20. In: SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

deração se encontram no artigo 50 do Código Civil, que segundo Soldati²² e Federici²³ marca o caráter excepcional do instituto, excluindo de seu âmbito de aplicação as situações de subcapitalização. É mister ressaltar que, embora a maioria da doutrina, a teoria do disregard e o Código Civil de 2002, através de seu artigo 50 venham a apontar os casos em que a desconsideração deva ser feita, a sociedade está em constante modificação e podem sempre surgir situações novas para as quais o Direito deverá ter soluções, seja através da doutrina, da jurisprudência ou da legislação em si como é o caso da subcapitalização e das relações de grupos de sociedades, o que exige dos operadores do Direito que estes sejam capazes de interpretar e aplicar as normas na medida das necessidades sociais mas atentando a seus limites de interpretação e aplicação.

2. O DIREITO PORTUGUÊS

O Direito português é englobado pela família jurídica romano-germânica, assim como o Direito brasileiro, tendo, portanto como fonte principal de Direito a lei. A doutrina presente no país, no entanto, principalmente no que toca ao Direito Comercial e ao Direito Civil, influencia, fortemente, a interpretação do instituto aqui em questão. Além da doutrina podemos citar

22. SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

23. Retirado de Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.55, 2008, GOMES, Magno Federici; MAIA, Estafânia Lima. *O levantamento do véu societário no direito consumerista brasileiro: questões processuais e procedimentais*. p. 155.

alguns casos jurisprudenciais apreciados por tribunais portugueses que aplicaram o instituto do levantamento²⁴. O António Menezes Cordeiro afirma que²⁵

[...] sempre que encontre uma pessoa colectiva- com ou sem substrato — o Direito positivo passa a regular situações a ela inerentes reportando-se-lhes como ente autónomo. Digamos que funciona em *modo colectivo*, atingindo as condutas singulares apenas através de regras complexas da personalidade colectiva e do seu funcionamento interno.

O professor afirma salienta a existência de quatro teorias que tentam explicar o instituto: a subjetiva, que consiste em afastar a autonomia patrimonial quando houvesse abuso de forma jurídica, visando fins não permitidos; a objetiva, para esta quando houvesse abuso da forma jurídica, independentemente do abuso intencional; a da aplicação das normas, em que haveria levantamento sempre que “por exigência de uma norma concretamente prevalente, não tivesse aplicação uma norma própria da personalidade colectiva”; e, as negativistas, que negam direta ou indiretamente a autonomia do levantamento. A atuação por via das pessoas coletiva tem limites, que quando ultrapassados ou usados de forma abusiva podem e devem levar ao levantamento da personalidade coletiva, visando proteger os credores e terceiros que possam ser lesados, por exigência ou por necessidade do sistema. Aqui, consideramos limites genéricos, “designadamente: a eventualidade de, sem normas específicas

24. Retirado de <<http://www.dgsi.pt/jstj>>.

25. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*, 2000.

e por exigência do sistema, o Direito, em certas situações passar *de modo colectivo* ao *modo singular*, ignorando a presença formal duma pessoa colectiva”, à personalidade. É o que o professor Pedro Pais Vasconcelos chama de “desconsideração extralegal”²⁶. Há ainda limites específicos, situações específicas de levantamento, nas quais a aplicação do instituto não deriva da exigência do sistema, mas de determinados normas legais, mais especificamente²⁷ aquelas em que se trata da relação de grupos de sociedades e do sócio único na sociedade.²⁸ A terminologia utilizada, “levantamento da personalidade colectiva”, não é universal e tampouco deixa de ser discutida; embora nem sempre haja uma pluralidade de pessoas por trás da sociedade, como é o caso das sociedades por quotas unipessoais, é tida como a mais elegante e neutra²⁹. O professor Pais Vasconcelos, entretanto prefere utilizar a terminologia desconsideração da personalidade coletiva, e afirma que “nenhuma das expressões é perfeita mas todas elas são satisfatórias”³⁰. O levantamento surge, no Direito continental europeu, com a multiplicação e ascensão das sociedades por quotas, as sociedades limitadas. Com o surgimento destas, se colocava o problema quanto aos cre-

26. VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 186.

27. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 102.

28. VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 186.

29. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 103.

30. VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 182.

dores sociais, “designadamente quando, sem publicidade, fossem ignorados determinados postulados do seu funcionamento”³¹. Sem falar na questão das sociedades por quotas unipessoais, era imensamente difícil se distinguir o patrimônio social do patrimônio do sócio único. É, portanto, por exigência do sistema que o Direito português, através da doutrina, recepção o instituto do levantamento da personalidade colectiva, que vinha sendo tratado na Alemanha e nos Estados Unidos da América. Há quem afirme que a doutrina, embora tenha sido via receptora da teoria, não tem tratado o estudo do instituto de forma exaustiva³². Nem poderia. Com a evolução social novos problemas surgem e o Direito, não só a doutrina, mas também a jurisprudência e a Lei, deve acompanhar essas mudanças e se adaptar às novas situações postas a sua apreciação. Apesar dos esforços a doutrina não chegou ainda a uma decisão comum acerca das situações em que há a aplicação do instituto, alguns autores são mais restritivos e outros mais abrangentes. A recepção formal, por jurisprudência, foi concedida ao instituto pela Relação do Porto, em 13 de Maio de 1976³³. Um Acórdão do Tribunal da relação do Porto reconhecia a existência de pressupostos para a aplicação da teoria e ainda indicava os artigos 84º,

31. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p.104.

32. Dissertação SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

33. Citação de António Menezes Cordeiro em seu *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial 2000*, da Relação do Porto 13-Maio-1993 (Fernandes Magalhães), CJ XVIII (1995) 3, 199-201 (200-201).

180°/4, 254°/3, 398° e 477° do Códgio de Sociedades Comerciais, como soluções desconsiderantes³⁴. No âmbito da doutrina, afirma Soldati que “é quase unânime o entendimento da maioria dos autores portugueses quando aos artigos de Lei que trazem previsões desconsiderantes da personalidade jurídica”, remetendo-nos aos artigos 84°, 501° e 502° do Código de Sociedades Comerciais. O professor Pais Vasconceles acompanha este entendimento ao citar os artigos 84° e 491°(que dispõe sobre as relações de grupos de sociedade, especificamente a relação de domínio total) e, ainda acrescenta o 270°-F, todos do Código de Sociedades Comerciais³⁵ Ou seja, enquanto a jurisprudência aponta determinados artigos a doutrina aponta outros, mostrando que a aplicação do instituto ainda é, no mínimo, conturbada. O levantamento se aplica a uma multiplicidade de casos concretos, o professor António Menezes Cordeiro separa os casos em grupos, quais sejam: a confusão de esferas jurídicas; a subcapitalização; o atentado a terceiros e o abuso de personalidade; e, um as relações de domínios qualificados, incluído no setor do Direito dos grupos de sociedade, que se refere como já mencionado a casos de levantamento específico. A confusão de esferas jurídicas verifica-se quando não seja clara a distinção entre o patrimônio do sócio ou dos sócios e o patrimônio social, por inobservâncias de regras societárias ou por decorrências puramente

34. Dissertação SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

35. VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 183.

objetivas³⁶. A subcapitalização refere-se à insuficiência de capital social para o exercício do objeto social. Pode ser nominal ou material, sendo que é esta segunda modalidade que nos importa e que compreende a total insuficiência de fundos sejam próprios ou alheios. Esta falta de capital seria tecnicamente abusiva e para efeitos de levantamento necessitaria também ter uma “explicitação dos seus fundamentos”, ou seja, deve visar prejudicar credores, ou provocaria falência evitável.³⁷ A doutrina diverge quanto à subcapitalização culminar em levantamento. Para Menezes Cordeiro, há ainda que se falar nesta possibilidade, a jurisprudência, segundo o mesmo, inclusive vem fundamentar o levantamento por conta da insuficiência de capital social, nos bons costumes e na boa fé.³⁸ “O atentado a terceiros verifica-se sempre que a personalidade coletiva seja usada, de modo ilícito ou abusivo, para prejudicá-los”, não basta, no entanto que haja o prejuízo a terceiros, a ação que gerou esse prejuízo deve estar em desacordo com as normas ou princípios gerais, “incluindo a ética dos negócios”.³⁹ O abuso da personalidade, por seu turno seria uma situação de abuso de direito ou de exercício inadmissível de uma posição jurídica, através de pessoa coletiva⁴⁰. Segun-

36. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 116.

37. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 119.

38. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p.121.

39. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 122.

40. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 123.

do o professor Cordeiro, o levantamento é resultado de um comportamento, caracterizado por atentar contra a confiança legítima, ou por defrontar regra de primazia da materialidade subjacente. Conclui ainda que todos os outros casos são, em última instância, situações de abuso. O ilustre professor menciona ainda que, através da análise da jurisprudência, que trata do levantamento, esta manteve características tipicamente civis, não sendo invocados novos institutos, como regras específicas societárias, e resolver-se-ia em sua grande maioria os casos através do apelo jurídico-positivo às cláusulas civis da boa fé, dos bons costumes e através do mérito dos fatos⁴¹. Na sequência da apreciação do objeto em questão não poderia ser deixado para trás, no plano dos pressupostos dogmáticos do levantamento a boa fé. Muito sucintamente, em última análise, o instituto do levantamento termina por ser um corolário da boa fé. A boa fé ajudaria a entender o porquê do levantamento e até a dar fundamentação para que ele seja realizado. Antes de haver a delimitação do instituto em causa os tribunais utilizariam a boa fé como fundamentação para o levantamento do véu societário, antes mesmo que a ideia em si do instituto estivesse delimitada. Como não há especificamente no Direito português uma expressão legal, como há no Direito brasileiro, que se refira de fato ao instituto, delimitando seu âmbito de atuação, há certa dificuldade em se falar de pressupostos ou requisitos para o levantamento. Fica, portanto, nas mãos da jurisprudência e da própria doutrina, esta última influenciando nas decisões judiciais,

41. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 124.

tratar do instituto através da reiteração das decisões e dos pensamentos, que vão se concretizando como verdadeiros costumes jurisprudenciais e no desenvolvimento de um pensamento doutrinal comum. Podemos citar algumas decisões de tribunais acerca do assunto. Quais sejam,

[...] Por trás da desconsideração ou do levantamento da personalidade colectiva está, sempre, a *necessidade de corrigir comportamentos ilícitos, fraudulentos, de sócios que abusaram da personalidade colectiva da sociedade, actuando em abuso de direito, em fraude à lei ou, de forma mais geral, com violação das regras de boa fé e em prejuízo de terceiros.*⁴² (grifo nosso)

[...] Doutro passo, face À matéria de facto provada, não se pode deixar de concluir por uma relação de completa autonomia de cada uma das rés entre si, sendo que *não se demonstrou uma postura de fraude à lei ou de abuso de direito, o que seria indispensável para se poder apreciar o levantamento da personalidade jurídica.*⁴³ (grifo nosso)

[...] I — Quando a personalidade colectiva *seja usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros*, é possível proceder ao levantamento da personalidade colectiva. II — *Esta abrange o abuso da personalidade e o abuso da responsabilidade limitada.* III — A desconsideração da personalidade jurídica *só deverá ser invocada quando inexistir outro*

42. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, N° do Processo 07A1274, 2007. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

43. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, N° do Processo 08S3259, 2009. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

*fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar.*⁴⁴ (grifo nosso)

[...] I — A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais *tem caráter subsidiário, só devendo ser invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar.* II — Entre as condutas societárias reprováveis que podem conduzir ao instituto mencionado em I, contam-se: *a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos sócios; a subcapitalização, originária ou superveniente, da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objecto social e prosseguir a sua atividade; as relações de domínio grupal e o abuso da personalidade da sociedade comercial.*⁴⁵ (grifo nosso)

Por fim entende-se que o levantamento em última análise termina por ocorrer por uma má utilização do instituto da própria pessoa jurídica.

3. O DIREITO NORTE AMERICANO

O Direito norte americano está posicionado na mesma família que o Direito britânico, a chamada família jurídica de *Common Law* ou anglo-americana, família esta marcada por ter conferido lugar proeminente à jurisprudência, por ter nos precedentes vinculativos sua fonte primordial e por não conferir a lei em si, uma posição como fonte primária do Direi-

44. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, N° do Processo 0524560, 2005. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>.

45. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, N° do Processo 3980/07.1TBPRD, 2010. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>.

to. Sabe-se que os Estados Unidos da América tem uma repartição diferente de Portugal, por exemplo. A divisão judiciária lá se encontra em dois níveis: o federal e o estadual. O Direito Federal, entretanto, prima sobre o Direito Estadual. A Suprema Corte norte-americana pronuncia-se regularmente sobre o assunto que é objeto de estudo no presente trabalho. Pode haver ainda por partes dos Estados norte-americanos alguma legislação que acolha o instituto em questão, como é no caso do Estado de Ohio. Portanto, apesar de não existir de fato um Direito norte-americano, trataremos do objeto do trabalho no Direito dos Estados Unidos no âmbito da Suprema Corte, tentando capitar o modo de funcionamento do instituto de uma forma geral no território estadunidense, não sendo a intenção deste trabalho tratar com exaustão do assunto no país em questão, nem poderíamos. Deve-se, portanto, procurar aqui a solução para o objeto a ser trabalhado primariamente na jurisprudência e não nas leis em si. Esta mesma jurisprudência contribuiu para o desenvolvimento do instituto *do disregard of corporateness*⁴⁶, *piercing the corporate veil, disregarding the corporate fiction looking at the substance rather than at the form*⁴⁷. Além de ter contribuído com o desenvolvimento do instituto, é referência quando o assunto é a origem deste. “O levantamento da personalidade colectiva remonta às próprias origens do ordenamento norte-

46. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. 2000.

47. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III*. 2. ed. 2007, citando Henry Winthrop Ballantine, *On corporations* (1946), § 122 (292-293)

-americano”.⁴⁸ No pensamento do professor António Menezes Cordeiro indicando ter sido esta a decisão que deu o passo para o surgimento da teoria

A constituição norte-americana limita, no seu artigo 3º, 1, a jurisdição federal, entre outras, as controvérsias que surjam entre cidadãos de Estados diferentes. Punha-se o problema das pessoas colectivas: quando avocar, a seu propósito, a competência dos tribunais federais? O Chief Justice Marshall, em 1809 e para preservar a jurisdição federal sobre as pessoas colectivas, explicou que: (...) *was compelled to look beyond the entity “to the character of the individuals who compose the corporation”*.

O levantamento norte-americano teria origem em razões processuais e constitucionais, não de fato da exigência do sistema, nem por uma questão doutrinária, mas quase como um refluxo da sua jurisdição. Teria se radicado antes mesmo do próprio conceito de pessoa coletiva estar bem formado, nestas condições portanto “toda a matéria do levantamento radica em fórmulas vagas (...), e, vagos são o conteúdo e os pressupostos do instituto”⁴⁹ Após a decisão, o século XIX é marcado pela proliferação de decisões, muitas delas baseadas no princípio da boa fé⁵⁰, que evitando situações em que a pessoa coletiva era usada de maneira deturpada, e “suas ações” terminavam por prejudicar terceiros, especialmente os

48. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III*. 2. ed. 2007.

49. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 109.

50. CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. p. 108.

credores, responsabilizavam a pessoa que estava por trás do ente em modo coletivo e agiam por seu intermediário e, designadamente, os sócios. O levantamento da personalidade coletiva seria feito ou permitido em casos de “derrotar a conveniência pública, proteção à fraude, defesa de um crime, justificar algo errado”⁵¹; os exemplos dados estariam situados em áreas conhecidas como a da confusão de esferas e a da subcapitalização⁵². Apesar de elencadas as situações acima como possíveis para que haja o “*piercing of the corporate veil*”, o professor conclui que o instituto do levantamento, “manter-se-á com fórmula indeterminada, capaz de acudir eventualidades que, de todo, o legislador não pode prever cabalmente”⁵³ é o que de fato expressa o sentido do Direito norte-americano, que como já dito acima, é muito influenciado pela jurisprudência, apesar da posição de destaque dada à Lei, principalmente à Constituição. O problema central no estudo do levantamento da personalidade jurídica nos Estados Unidos da América é que apesar de haver uma constituição escrita, os Estados que integram o país criam suas normas próprias sobre determinados assuntos, como é no caso do Direito Comercial. Ou seja, é difícil traçar requisitos específicos ou definir uma única Lei que acolha o instituto, principalmente

51. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III*. 2. ed. 2007, citando BAKER/CARY, *Cases and Materials*, 3. ed. Ct., 374. Cf. HARTWIN BUNGER, *Die GmbH im US-amerikanhischen Retch – Close Corporation* (1991), 71.

52. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial*. 2000. citando EASTERBROOK/FISCHEL, *Limited Liability and the Corporation cit.*, 133 seguintes.

53. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III*. 2. ed. 2007

porque os tribunais de cada Estado irão decidir, principalmente, baseados em precedentes, sendo que a decisão tomada em um estado pode não ser a mesma que seja tomada em outra; em suma, há Estados em que para se realizar o levantamento são mais flexíveis, como na Califórnia se comparada com Nevada em que as regras para o levantamento são mais rígidas⁵⁴. Podemos enumerar diversas hipóteses em que pode ocorrer o levantamento como em casos de desvio de fundos corporativos por parte do acionista dominante; tratamento dos ativos da empresa, por um dos sócios/administrador como se seus fossem; utilização de empresa como fachada; mistura de ativos entre a empresa e o sócio, entre outros tantos.

*Courts traditionally require fraud, illegality, or misrepresentation before they will pierce the corporate veil. Courts also may ignore the corporate existence where the controlling shareholder or shareholders use the corporation as merely their instrumentality or alter ego, where the corporation is undercapitalized, and where the corporation ignores the formalities required by law or commingles its assets with those of a controlling shareholder or shareholders. In addition, courts may refuse to recognize a separate corporate existence when doing so would violate a clearly defined statutory policy.*⁵⁵

Segundo o que se entende aqui, os tribunais em geral atentando para fraude, ilegalidade, declarações falsas, situações em que o ente coletivo é utilizado

54. Retirado de <http://en.wikipedia.org/wiki/Piercing_the_corporate_veil#United_States>, em 05 dez. 2011.

55. Retirado de <http://en.wikipedia.org/wiki/Piercing_the_corporate_veil#United_States>, em 05 dez. 2011.

como se fosse mero instrumento do sócio ou sócios, em casos de subcapitalização, quando a sociedade ignora as formalidades requeridas por Lei ou quando houver mistura de ativos da sociedade com o acionista/sócio ou acionista controlador/sócio administrador; além dos casos de tributação e falência. Existem duas doutrinas que falam sobre os requisitos para haver o “furo na personalidade”,

[...] The instrumentality and alter ego doctrines used by courts are practically indistinguishable. Courts following the instrumentality doctrine concentrate on finding three factors: (1) the people behind the corporation dominate the corporation's finances and business practices so much that the corporate entity has no separate will or existence; (2) the control has resulted in a fraud or wrong, or a dishonest or unjust act; and (3) the control and harm directly caused the plaintiff's injury or unjust loss. The alter ego doctrine allows courts to pierce the corporate veil when two factors exist: (1) the shareholder or shareholders disregard the separate corporate entity and use the corporation as a tool for personal business, merging their separate entities with that of the corporation and making the corporation merely their alter ego; and (2) recognizing the corporation and shareholders as separate entities would give court approval to fraud or cause an unfair result.

É de se destacar que há uma postura tomada pelas doutrinas e outra tomada pelos tribunais. Estes, valendo-se de sua margem de discricionariedade e dos precedentes jurisprudenciais terminam por decidir através de seu juízo de oportunidade sobre os casos concretos; enquanto a doutrina tenta desenvolver requisitos e pressupostos para a aplicação do instituo.

Vale, mais uma vez, ressaltar que o Direito deve acompanhar a evolução e as modificações da sociedade; as situações cotidianas que são apresentadas para os tribunais não são estáticas, é, portanto, quase uma obrigação destes tribunais, tomando como base não só a doutrina, mas como também, e principalmente, os precedentes e a Lei, quando houver, para decidirem o caso concreto.⁵⁶ Como dito anteriormente não existe de fato um Direito “norte-americano unificado”. Em Ohio, por exemplo, há uma espécie de Código, de 2006, que estabelece os requisitos para ser aplicada a teoria do “piercing the corporate veil”⁵⁷. Em outra decisão⁵⁸ não só percebe-se que há a aplicação do instituto do levantamento, como também que a divergência de pensamentos quanto a aplicação da Lei do Estado ou do “common law federal” diante de determinados casos e, que há determinadas Leis federais que acolhem o levantamento da personalidade jurídica (como a lei que trata de crimes ambientais). A Lei federal serviria como um guia para as Leis Estaduais; haveria discordância entre a doutrina e as cortes sobre qual Lei aplicar. Em suma, apesar de ter sido o berço do instituto, não se pode chegar a elaboração de pressupostos e requisitos rígidos porque tratamos aqui de tribunais e não de uma Lei que limite o âmbito de incidência do instituto em questão, como acontece no caso do ordenamento brasileiro.

56. Retirado de <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Piercing+the+Corporate+Veil>>, em 05 dez. 2011.

57. Retirado de <http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_230798-8b93.html>, em 05 dez. 2011.

58. UNITED STATES v. BESTFOODS (1998). Retirado de <<http://supreme.justia.com/us>>.

4. GRELHA COMPARATIVA

QUESTÃO/ORDENAMENTO 1:	
Há o instituto? Como surgiu? Há contemplação por doutrina? E por jurisprudência? E por legislação?	
BRASILEIRO	Sim. É contemplado pela doutrina, jurisprudência e legislação.
PORTUGUÊS	Sim. É contemplado pela doutrina e jurisprudência; quanto a legislação, há casos específicos.
NORTE-AMERICANO	Sim, teve origem neste ordenamento. É contemplado por doutrina, jurisprudência e legislação(dos Estados norte-americanos)

QUESTÃO/ORDENAMENTO 2:	
Tem previsão legal?	
BRASILEIRO	Sim no artigo 50 do Código Civil de 2002, que é taxativo.
PORTUGUÊS	Apenas em caso de levantamento específico nos artigos 84°,501°,502° e 270°-F, todos do Código de Sociedades Comerciais.
NORTE-AMERICANO	Sim, nas Leis Estaduais, como por exemplo no “ Ohio Code 2307.98” que inclusive dispõe da “doctrine of piercing the corporate veil” em si, explicando no que esta consiste

QUESTÃO/ORDENAMENTO 3:	
Qual o âmbito de aplicação?	
BRASILEIRO	O do artigo 50 do Código Civil, sendo nos casos de abuso da personalidade jurídica caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A subcapitalização, por exemplo, não está prevista como âmbito de aplicação.

O LEVANTAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS...

<i>PORTUGUÊS</i>	Além dos casos do âmbito dos artigos acima citados, nos casos em que haja confusão de esferas jurídicas, subcapitalização, atentado a terceiros e abuso da personalidade ou seja nos casos de desvirtuamento da pessoa coletiva através de atos fraudulentos ou ilegais que visem ou terminem por prejudicar credores ou terceiros.
<i>NORTE-AMERICANO</i>	É a jurisprudência que decide o âmbito de aplicação, baseada na teoria do instituto e na Lei, quando houver.

QUESTÃO/ORDENAMENTO 4:

Existe um grupo de requisitos ou pressupostos? Ou seja, o que precisa haver para que haja a aplicação do instituto?

<i>BRASILEIRO</i>	Sim, haver abuso de personalidade jurídica caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.
<i>PORTUGUÊS</i>	A doutrina tenta estabelecer assim como a jurisprudência mas ainda inexiste.
<i>NORTE-AMERICANO</i>	Em casos onde a entidade esteja sendo usada para alcançar fins do sócio e não da sociedade; quando o ente é utilizado com o propósito de fraude real ou construtiva ou como uma farsa para perpetrar uma fraude(...). Termina por ficar a cargo da jurisprudência ou das Leis Estaduais que existirem.

QUESTÃO/ORDENAMENTO 5:

Quem o instituto visa proteger?

<i>BRASILEIRO</i>	Credores ou terceiros que venham a ser lesados.
<i>PORTUGUÊS</i>	Credores ou terceiros que venham a ser lesados.
<i>NORTE-AMERICANO</i>	Credores ou terceiros que venham a ser lesados.

5. SÍNTESE COMPARATIVA/CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluirmos o presente trabalho deixamos por fim uma visão comparativa dos três ordenamentos em questão. Quanto às origens do instituto, enquanto a teoria que dá margem ao instituto surge nos Estados Unidos da América, com origem processual e constitucional, como um refluxo da jurisprudência, é recepcionada em Portugal por via doutrinária e, posteriormente, jurisprudencial, e não podemos deixar de destacar que embora existam Leis que acolham a teoria do levantamento do véu corporativo, são casos específicos que não esgotam as possibilidades da aplicação do instituto; e, no Brasil, é recebida, assim como em Portugal, via doutrina, seguida pela jurisprudência e em 2002 pela legislação, através do artigo 50 do Código Civil. Quanto a terminologia adotada, sabemos que a original, como é concebida nos Estados Unidos da América, *disregard of corporateness*, traduzida para o português como desconsideração da personalidade jurídica, assim como é conhecida também no Brasil. Em Portugal, entretanto, por uma questão de elegância ou melhor harmonização com o ordenamento, fala-se em levantamento da personalidade colectiva, o que não implica na exclusão das outras terminologias, entretanto. Há teorias que visam explicar a aplicação ou o motivo para o levantamento. No Brasil a teoria maior é predominante, em Portugal, se tem a ideia de que elas são complementares e não excludentes e, nos Estados Unidos conclui-se também que as teorias do “alter ego” e do “instrumentality” se completam e são quase indistinguíveis. Quanto à função do instituto nos três ordenamentos parece ser exatamente as mesmas: coibir atos fraudulentos ou ilegais que possam vir a

prejudicar credores ou terceiros de boa fé, em última análise coibir atos que desvirtuem a personalidade coletiva do ente e atos fraudulentos ou ilegais que sejam reportados à pessoa coletiva como uma maneira de fraudar a lei ou o contrato social e o próprio instituto da pessoa jurídica coletiva. O que distingue cada um dos ordenamentos quanto a este ponto é o âmbito de aplicação e de interpretação que pode ser mais restritiva, como no caso do Brasil que termina por se delimitar um âmbito de atuação através do artigo 50 do Código Civil de 2002; intermediária, como no caso de Portugal, que não prevê expressamente o instituto de forma legal, mas podemos indicar artigos como o 84°, o 501°, o 502° e o 270°-F, todos do Código das Sociedades Comerciais que seriam situações específicas de levantamento, como já dito anteriormente, mas também as decisões dos tribunais de Portugal, que aplicando o levantamento de uma forma genérica, seguindo no entanto o entendimento da doutrina, age de maneira a suprir as necessidades do sistema nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pela confusão patrimonial, por exemplo; ou, ainda, ampla, que é o caso dos Estados Unidos da América, em que pode haver Leis federais ou Estaduais mas podem não haver e, sendo assim, os tribunais, principalmente a Suprema Corte norte-americana, terminam por ter uma margem de decisão e de aplicação do instituto muito larga, baseando-se em precedentes e na própria doutrina do “*disregard of corporateness*”. Quanto aos requisitos ou pressupostos para a aplicação do instituto, no Brasil, parecem ser estabelecidos por Lei, através do artigo 50 já aqui citado; em Portugal, a doutrina “ensaia” uma delimitação dos pressupostos e dos requisitos, mas o instituto parece ficar a vontade dos intérpretes do Di-

reito, especificamente a cargo dos tribunais e de seus juizes, exceto quanto aos limites específicos, como é o caso dos grupos de sociedade; por seu turno, nos Estados Unidos da América a Suprema Corte parece usar como requisitos o desvirtuamento da personalidade coletiva através de atos ilícitos ou fraudulentos, exatamente como a teoria originária previa. Conclui-se que, ao mesmo tempo que os ordenamentos quanto ao âmbito de aplicação se aproximam, a aplicação do instituto seja por via de legislação, jurisprudencial ou por desenvolvimentos doutrinários não é de todo diferente muito pelo contrário se assemelha bastante a exemplo da aplicação, quanto a confusão patrimonial, atos fraudulentos ou ilegais, desvirtuamento da personalidade coletiva; também se afastam, como é no caso entre Brasil e Portugal quanto a subcapitalização. É a aplicação de um instituto, que quer no país originário, quer nos países receptores, se modifica, é trabalhado, é adaptado, tentando suprir as necessidades e exigências do seu sistema e da sua sociedade ou se concretizando em limites específicos. Em suma, é instituto relativamente novo e que ainda carece de muito esforço doutrinal.

6. REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

LAMARTINE, J. Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

SOLDATI, Brasil Manoelle. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: análise ao artigo 50 no novo Código Civil brasileiro*. Lisboa, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Introdução e Parte Geral. v. I. Coimbra: Almedina, 2008.

GOMES, Magno Federici; MAIA, Estafânia Lima. O levantamento do véu societário no direito consumerista brasileiro: questões processuais e procedimentais. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.55, 2008, p. 155.

LINKS

http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_230798-8b93.html

http://en.wikipedia.org/wiki/Piercing_the_corporate_veil

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Piercing+the+Corporate+Veil>

http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_230798-8b93.html

<http://supreme.justia.com/us> (UNITED STATES v. BEST-FOODS, 1998)

<http://supreme.justia.com/us/524/51/>

<http://supreme.justia.com/us/516/349/case.html>

<http://codes.ohio.gov/orc/2307.98>

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 668.190 - SP (2005/0047653-6). Rel. Ministro Carlos Villas Boas Cuêva, STJ (<http://www.stj.gov.br>)

RECURSO ESPECIAL 1180714 / RJ (2010/0022474-9). Rel. Ministro Luis Filipe Salomão, STJ (<http://www.stj.gov.br>)

RECURSO ESPECIAL Nº 1141447/SP (2009/0177039-5) Rel. Ministro Sidnei Beneti, STJ (<http://www.stj.gov.br>)

- Acórdãos da Relação do Porto

Nº do Processo 427/08.0TBBCHV.P1
(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>)

Nº do Processo 3980/07.1TBPRD.P1
(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>)

Nº do Processo 0411080
(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>)

Nº do Processo 2354/09.4TTPNF.P1
(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>)

Nº do Processo 427/08.0TBCHV.P1
(<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>)

- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal

Nº do Processo 07A1274
(<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>)

Nº do Processo 08S3259
(<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>)

Capítulo X

Eugenia e manipulação genética na reprodução artificial

Thais Rivera Duran Barreto

Graduanda da Faculdade Baiana de Direito e Gestão,
quarto semestre, e da Universidade Federal da Bahia,
curso de Psicologia, terceiro semestre.

Eugenia e manipulação genética na reprodução artificial

Resumo: O presente artigo aborda, a luz da nova Lei de Biossegurança, as novas possibilidades de eugenia decorrentes da crescente evolução tecnológica, sobretudo no que tange a reprodução artificial. A Lei de biossegurança nº 11.105 proíbe a aplicação da bioengenharia nas células germinais humanas, célula ovo ou embrião, em organismos vivos e a manipulação artificial de DNA ou RNA humanos. Como essa lei observa, não há possibilidade de modificar-se o DNA da futura criança. Inobstante tal diploma é impreciso quanto a outras possibilidades eugênicas lográveis através da fertilização in vitro. O projecto Genoma Humano possibilitou o mapeamento do código genético humano, o que acarreta em diversas possibilidades médicas e científicas e em mudanças sociais, portanto fez-se necessário a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos para arbitrar tais procedimentos fazendo prevalecer a ética e a dignidade humana. A história da eugenia reflete os anseios humanos pelo aprimoramento da espécie e a conseqüente minimização de debilidades e patologias, contudo o exagero na busca de uma sociedade eugênica, mediante a adoção de uma postura violadora da dignidade humana, levou a uma série de abusos e preconceitos, vistos desde o infanticídio em Esparta até políticas sanitárias adotadas no

Brasil, destacando-se os horrores da eugenia nazista. Por conseguinte, deve-se moderar os interesses eugênicos a fim de impedir atentados ao ser humano e a sua dignidade e preservar as características genéticas dos indivíduos, com o intuito de não comprometer a sobrevivência da espécie.

Palavras-chave: Eugenia, biossegurança, reprodução artificial.

Sumário: 1. Introdução — 2. Sobre o tratamento jurídico da matéria e sua contextualização histórica: 2.1. Contextualização Histórica; 2.2. Lei de Biossegurança; 2.3. Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina; 2.4. Reprodução Artificial e a legislação portuguesa; 2.6. Entendimento do STF sobre o assunto — 3. Declaração universal do genoma humano e dos direitos humanos — 4. Distinções conceituais necessárias: 4.1. Engenharia genética; 4.2. Reprodução artificial; 4.3. Eugenia; 4.4. O genoma; 4.5. Opções conceituais — 5. Eugenia e manipulação: 5.1. História da Eugenia; 5.2. A implantação da eugenia no Brasil e na América Latina; 5.3. A Eugenia no contexto hodierno: possibilidades de manipulação — 6. Considerações finais — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo objetiva analisar a manipulação genética na reprodução artificial que vise à eugenia a luz da lei de biossegurança, do Princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da preservação da diversidade e integridade do genoma, além da repercussão social de tal manipulação.

Para isso analisar-se-á a Lei nº 11.105 de 2005, assim como o contexto de sua elaboração, as decisões anteriores que abordavam questões concernentes à biotecnologia e algumas críticas feitas a tal. Far-se-á um estudo mais detalhado do art. 25, da Lei nº 11.105, que trata de engenharia genética em células humanas. Far-se-á, outrossim, uma análise da legislação portuguesa e da jurisprudência do STF, concernentes a temas comuns a essa lei, a biossegurança e ao biodireito. Questiona-se, igualmente, se a manipulação genética humana viola ou não o Princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, cabe a análise do entendimento do Conselho de Medicina sobre a reprodução assistida e a eugenia. Igualmente, evidenciar-se-á o entendimento da comunidade internacional sobre a bioengenharia nas células humanas, através da Declaração Universal do Genoma Humano adotado pela UNESCO.

Haverá também a conceituação e as distinções necessárias para o entendimento adequado da opção temática e da forma como essa será abordada no presente artigo e uma análise da manipulação conceitual.

Discutir-se-á o circunstâncias nas quais se dão as práticas eugênicas. Primeiramente, haverá uma digressão histórica sobre esses procedimentos e a reflexão crítica sobre os seus desdobramentos, suas consequências para a história da humanidade, a fim de entender a teleologia do discurso eugênico nos contextos de diferentes sociedades. Ulteriormente, impende a discussão sobre as implicações da tecnologia nas práticas eugênicas, suas possibilidades e a discussão ética sobre a aplicação dessa na reprodução

humana e sobre a criação de seres geneticamente superiores a partir da axiologia e da dignidade humana.

A partir dessas discussões haverá considerações finais, reflexões e críticas quanto ao tratamento legal da bioengenharia em células humanas, suas repercussões éticas e o que isso pode representar para o futuro.

2. SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

2.1. Contextualização histórica

Houve um notável progresso tecnológico, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX, devido a isso o ser humano vem se tornando cada vez mais capaz de modificar o meio que o rodeia e até mesmo de poder manipular biologicamente seu próprio material genético. Esses avanços geraram uma série de possibilidades de novas intervenções e escolhas médicas, e tem se feito diversas pesquisas que darão azo, em um futuro breve, a uma evolução ainda mais vertiginosa da medicina e das demais ciências relacionadas à engenharia genética. Tal desenvolvimento científico pode ser utilizado para melhorar a saúde humana, curar diversas enfermidades e até mesmo ensinar a criação de seres humanos dotados de características previamente selecionadas. Nesse ponto surge um embate ético a respeito dos limites e consequências dessa aplicação tecnológica, que deve ser utilizada de modo a não comprometer a integridade e a dignidade dos indivíduos e da sociedade.

Essas intervenções e pesquisas envolvem valores e bens jurídicos extremamente relevantes, tais como

a vida, a preservação da diversidade e integridade do genoma, a liberdade de pesquisa, o patrimônio genético, a saúde humana e a dignidade da pessoa humana. O que torna a sua tutela pelo direito imprescindível.

No Brasil a primeira lei de biossegurança surge em 1995 (Lei nº 8.974), após mais incrementos tecnológicos, aplicações concretas de tal lei e inúmeras discussões nos âmbitos da sociedade e do direito, surge a nova Lei de biossegurança em 2005 (Lei nº 11.105).

Considerando-se que toda possibilidade científica deve ter uma limitação ética e estar em conformidade com os valores caros a coletividade e o fato de que decisões relativas à engenharia genética podem colocar em risco a integridade do genoma humano, as futuras gerações e até mesmo a sobrevivência da espécie, além de comprometer visceralmente a dignidade humana faz-se fundamental a regulamentação das questões de biotecnologia pelo direito. Devido à importância dos bens jurídicos envolvidos nesse procedimento, chama-se também o direito penal, a *ultima ratio*, para normalizar e imputar sanções aos procedimentos da engenharia genética.

A partir do contexto de grande desenvolvimento tecnológico supracitado, surge na Constituição Federal de 1988 o art. 225, que regulamenta uma série de direitos difusos. Essa regulamentação abrange a preservação da integridade do patrimônio genético do Brasil, assim como a fiscalização das entidades dedicadas a pesquisa e manipulação de material genético, presentes em seu § 1, II. A partir disso ao poder público e a coletividade atribuí-se o dever de proteção e fiscalização descritas no inciso.

No referido instituto há ainda a disposição sobre o dever do Poder Público de fiscalizar a comercialização do material genético manipulado e o emprego de técnicas e métodos que podem produzir riscos para a vida para a qualidade de vida.¹

2.2. Lei de Biossegurança

Anteriormente a 8.974 a discussão legal sobre a biossegurança limitava-se a linhas gerais que orbitavam em torno do artigo 225 e da Lei 6.938 de 1991. Nesse contexto de insuficiência de normatização legal quanto à engenharia genética surge a lei de biossegurança (Lei nº 8.974) para regulamentar os incisos II e IV do § 1º art. 225. Essa norma, como aduz Gisele Mendes de Carvalho, traz a inédita criminalização de alguns procedimentos de engenharia genética. Tal lei é pioneira na América Latina, o que não significa, necessariamente, que seja vanguardista, já que incorre em diversas falhas e não tutela de forma adequada o patrimônio genético do Brasil. Visto que, como observa a mencionada autora, esse diploma não precisa os sujeitos e objetos da conduta descrita e nem mesmo as circunstâncias do crime. Há ainda a imputação de penas desproporcionais, já que a sanção para o homicídio culposo descrito por essa lei equivale à cominada no Código Penal para o crime de homicídio doloso, implicando as imprecisões legislativas e as absurdas previsões legais em flagrante desprezo da relevância da ingerência penal no campo da engenharia genética. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm insisten-

1. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p 744-766.

temente apontado o referido dispositivo como manifesto exemplo de violação do princípio da legalidade.²

A partir da Medida Provisória nº 2.191-9 de 23.8.2003, entra em vigência o Art. 1º-A, dessa lei, que estabelece a criação no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), instancia interdisciplinar, que visa: “prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos conclusivos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados.”³

Essa medida provisória, como alude Êdis Milaré, estabelece que uma das competências da CTNBio é a criação de um Código de Ética de Manipulações Genéticas, que tem como função orientar as práticas de engenharia genética. Contudo, tal Código de Ética nunca foi criado.⁴

A nova lei de biossegurança (Lei nº 11.105) de 2005 surge com o objetivo de substituir anterior e cor-

2. CARVALHO, Gisele Mendes de. *A Lei nº 8.974/95 e a discutível proteção penal do patrimônio genético.*

3. Medida Provisória nº 2.191-9, de 23.08.2003.

4. MILARÉ, Êdis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco.* 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p 744-766.

rigir seus inúmeros defeitos quanto à tutela dos bens jurídicos e minimizar a sua defasagem, ocorrida em virtude da grandiosa evolução tecnológica que ocorreu nos últimos anos. O avanço tecnológico traz uma série de novas possibilidades, tais como a manipulação de genoma, a fertilização *in vitro*, a clonagem, a manipulação de célula-tronco, a eutanásia. Essas novas possibilidades, suas repercussões sociais e as discussões éticas e morais que tais práticas suscitam, mostram a necessidade de tutela a essas práticas e, sobretudo, aos bens jurídicos nelas envolvidos, o que não ocorreu de forma satisfatória com a norma anterior.

Inobstante essa premente necessidade, novamente o legislador brasileiro perdeu a oportunidade de elaborar uma lei de vanguarda para normalizar tão importantes procedimentos, pois tal lei se alicerça em uma moral obsoleta e tem inúmeras inconsistências em seu texto. Entre essas falhas estão a tutela lacunosa de parte dos embriões excedentes e a ausência de previsão da criação do Código de Ética.⁵

Na supracitada lei o legislador prevê o destino dos embriões excedentes produzidos pela fertilização *in vitro*, cujas células tronco podem ser utilizadas para fins de pesquisa e terapia, entretanto só o faz com os embriões inviáveis, ou os congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da lei, ou os já congelados no dia dessa publicação após completarem três anos, que serão contados a partir de seu conge-

5. CARVALHO, Gisele Mendes de. *A nova lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e a polêmica em torno à utilização de embriões humanos para fins terapêuticos.*

lamento. Portanto o legislador nada determina sobre os embriões viáveis congelados após a data dessa Lei, o que não resolve de forma definitiva o problema da superlotação dos bancos de embriões e não garante de forma ideal o material embrionário para pesquisas futuras.⁶ Essa lei também falha pela omissão quanto a produção do Código de Ética de Manipulações Genéticas, apesar de tal código ser fundamental para a regulação mais efetiva das práticas de bioengenharia.

Segundo Édis Milaré, a Lei nº 11.105 regulamenta os incisos II, IV e V do § do art. 225 da Constituição Federal e tutela objetos que não foram mencionados pela Antiga Lei de Biossegurança, cuja temática estava circunscrita ao tratamento dos organismos geneticamente modificados (OGM). Pode-se perceber que há uma evolução, que não se trata de uma mera substituição ou ruptura, com a produção da nova lei de biossegurança, pois essa lei não revoga totalmente a Lei nº 8.974, que permanece nos pontos em que não há antinomia entre seu texto e a Lei de biossegurança mais recente. Outrossim, conceitos e práticas discutidos nos outros diplomas que dispunham sobre a biossegurança continuam em vigor, desde que não se choquem com a lei 11.105.⁷

Outro avanço, ao qual se refere o supramencionado autor, que pode ser notado é que a nova lei de biossegurança cria o Conselho Nacional de Biossegurança, vinculado à Presidência da República; reestrutura

6. IDEM.

7. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p. 745.

a CTNBio além de incumbir a atividades de registro, fiscalização e licenciamento ao Ministério da Saúde, Meio Ambiente, entre outras entidades públicas.⁸

Por seu próprio conteúdo aliado ao crescente desenvolvimento científico e tecnológico é natural que tal enunciado precise de revisões periódicas que possam adaptá-la a mutante realidade e torná-la cada vez mais efetiva.

É importante frisar que a supracitada lei proíbe a aplicação da bioengenharia nas células germinais humanas, célula ovo ou embrião, em organismos vivos e a manipulação artificial de DNA ou RNA humanos, quando em desacordo com as normas previstas em seu texto⁹. Segundo seu art. 25 a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano é um fato típico cuja pena consiste em reclusão de um a quatro anos e multa. De acordo com Guilherme de Souza Nucci, esse delito pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa e o sujeito passivo é a sociedade, os bens jurídicos tutelados nesse artigo são a vida e a saúde humana e também a preservação do patrimônio genético.¹⁰

Conforme o art. 21 desse diploma toda ação e omissão que implique na violação de seu texto normativo e das demais disposições legais pertinentes consiste em infração administrativa. Contrariamente a lei

8. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p 744- 766.

9. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. p. 123-128.

10. *Ibidem*.

de biossegurança anterior à lei 11.105 apenas prevê crimes de tipo doloso, o que pode representar um retrocesso, pois essa lei deixa de alcançar as infrações culposas que podem vir a ser cometidas, não havendo uma tutela suficientemente satisfatória aos bens jurídicos que esse diploma visa proteger¹¹.

Embora muito já se tenha feito para a obtenção da tutela dos bens jurídicos concernentes a biossegurança, há muitas questões relativas à reprodução humana e a manipulação genética que se encontram lacunosas. Isto posto, é imprescindível a edição de normas que orientem tais procedimentos e os limitem utilizando como medida o respeito à dignidade da pessoa humana, tal como a criação de normas que tutelem a inviolabilidade da herança genética contra qualquer manipulação artificial, impondo a essas limites para proteger a pessoa humana e sua dignidade quanto aplicação não terapêutica¹².

2.3. Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina também tem uma posição bem clara quanto às questões de biossegurança, sobretudo no que tange a bioengenharia em células humanas. O CFM, no ano de 1992, baixou a resolução n 1.358, que dispõe a esse respeito. No art. 122 de tal resolução esta expresso que é vedado ao médico participar qualquer tipo de experiência no ser humano

11. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p 744- 766.

12. WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida. Aspectos do Biodireito e da Bioética*. p. 111-112.

com fins eugênicos ou raciais. Essa lei resolve que “as técnicas de reprodução não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho [...]”.¹³ Dispondo também sobre a doação de gametas tal norma deixa claro que é responsabilidade da unidade escolher os doadores e garantir que, dentro do possível, esses tenham a maior semelhança fenotípica com a receptora. O Conselho, frisa que se deve harmonizar o uso das técnicas de RA com os princípios da ética médica¹⁴.

Em contrapartida, na atualidade tal lei não é cumprida, pois existem procedimentos de RA nos quais ha escolha do sexo da futura criança e além disso, há seleção de doadores de material germinativo com base em critérios raciais, tal escolha também é feita por pacientes, o que segundo essa resolução é proibido. Portanto, ha um evidente desrespeito a resolução nº 1.358 e a própria ética medica.

2.4. Reprodução Artificial e a legislação portuguesa

Em Portugal, também ha normatização quanto à reprodução artificial, contudo ocorre de forma mais especifica. Segundo a Proposta de Lei 135/VII de 1997, todo produto de natureza genética não poderá em circunstancia alguma ser transacionado nem lhe poderá ser atribuído qualquer valor comercial, o que esta de acordo com a lei de biossegurança brasileira em vigor, que em seu art. 28 proíbe a comercialização de tec-

13. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 498-502.

14. Resolução nº 1358 do Conselho Federal de Medicina, de 1992.

nologias genéticas de restrição do uso. O art. 5 desse mesmo diploma elenca as finalidades proibidas da reprodução medicamente assistida, tais como a clonagem e a determinação de determinadas características do nascituro (como sexo, cor de cabelo e olhos, etc). A legislação brasileira, na lei 11.105, art. 26, em consonância com o Projeto de Lei português proíbe a clonagem, contudo não traz expressamente a proibição de determinar-se características do nascituro. O art. 7º, por sua vez, estabelece que os embriões só podem ser utilizados em investigação e experimentação científica desde que tenham como finalidade, única, o benefício para o próprio embrião. Destarte, permite-se o diagnóstico genético pré-implantatório. Nessa legislação, contrariamente ao que há no Brasil, a reprodução assistida apenas é utilizada como um método subsidiário, em caso de comprovada esterilidade dos progenitores, o que será averiguado em um rigoroso exame¹⁵.

2.5. Entendimento do STF sobre o assunto

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da utilização de técnicas de reprodução assistida. O STF através da ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, de 05.03.2008, afirmou que ha base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal dispõem que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia

15. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e reprodução medicamente assistida*. p. 167-169.

a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar¹⁶.

3. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO GENOMA HUMANO E DOS DIREITOS HUMANOS

A partir das descobertas sobre o genoma humano, sobretudo após o início do Projeto Genoma Humano (PGH) em 1990, faz-se necessário uma discussão internacional desse projeto e de suas repercussões éticas, assim como uma normalização global do PGH e, sobretudo das suas consequências. A partir do mapeamento do genoma humano surgem questões importantes, tais como a possibilidade de preconceito e discriminação devido a diferenças genotípicas; a potencialidade de modificação do material genético; possíveis danos à saúde decorrentes da manipulação genética, que sempre pode ter resultados imprevisíveis; a comercialização do patrimônio genético humano e as práticas eugênicas. O acesso às informações genéticas de um determinado indivíduo possibilita o seu uso indevido, como critério de demissão e de admissão em empresas ou instituições, por exemplo. Desse modo é importante que as descobertas sobre a genética humana estejam sempre acompanhadas do respeito aos Direitos Humanos.

16. Site do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br

Nesse contexto, segundo Fábio Konder Comparato, é criada a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, aprovada pela UNESCO, na 29ª sessão de sua conferência geral¹⁷. Essa declaração em seus 25 artigos trata sobre a dignidade humana e o genoma humano; direitos das pessoas envolvidas; condições para o exercício da atividade científica; solidariedade e cooperação internacional; pesquisas com genoma humano, entre outros.

Segundo o art. 1º dessa declaração o genoma humano deve ter o reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes, pois corresponde a uma herança da humanidade, não estando sujeito a transações pecuniárias; as características genéticas não devem ser utilizadas para fim de segregação, uma vez que no art. 2º a dignidade e os direitos humanos são garantidos a todos, independentemente de seu genoma; tampouco pode-se reduzir os indivíduos a suas características genéticas, pois deve-se na promoção de sua dignidade respeitar a singularidade e a diversidade.

Nas disposições sobre os direitos das pessoas envolvidas, a declaração menciona que a liberdade de pesquisa é fundamental e que as aplicações das pesquisas sobre o genoma humano devem ter como fim o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde dos indivíduos e da humanidade. Para garantir os direitos dos indivíduos envolvidos se impõe que os dados genéticos relativos a uma pessoa identificável devem ser mantidos em sigilo. Outrossim, ninguém deve ser

17. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. 2005, p. 35.

discriminado com base em suas características genéticas, sobretudo, se tal discriminação vise restringir seus direitos humanos e sua dignidade humana.

Quanto às pesquisas, esse diploma estabelece que nenhum estudo relativo ao genoma humano, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos fundamentais e a dignidade humana dos indivíduos e coletividades. Não sendo permitidas praticas que contrariem a dignidade humana.

No que se refere às condições para o exercício da atividade científica esta expresso que os Estados devem reconhecer a importância de promover a criação de comitês de ética para avaliar as questões éticas, legais e sociais insufladas pelas pesquisas com o genoma humano. Consta também que as responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores devem ser objeto de atenção especial nas pesquisas que envolvem genoma humano, o que decorre de seus naturais desdobramentos éticas e sociais.

Finalmente, é ressaltado que os Estados devem promover todos os princípios expostos nessa declaração e devem buscar sua implementação. A tais entidades também cabe consumir os princípios expostos nessa declaração com o fim de incentivar seu reconhecimento e aplicação de forma efectiva¹⁸.

A partir desse diploma levanta-se a questão: o genoma integra a pessoa? Se essa questão tiver uma resposta afirmativa, seria natural que a proteção à pessoa incluísse seu genoma, o que tem como coro-

18. UNESCO. *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*, 1997.

lário o sigilo quanto aos seus dados e a exigência de que toda pesquisa que inclua o genoma seja feita com o consentimento prévio do indivíduo.

A declaração deixa evidente que nenhuma característica genética deve ser utilizada para legitimar a discriminação e a segregação e que todas e qualquer pesquisa e manipulação do genoma humano tem como limite os valores, a ética e, sobretudo, dignidade humana. Portanto, pode-se inferir que as praticas eugênicas, que utilizam de critérios arbitrários e preconceituosos são rechaçadas por tal diploma, que, *contrario sensu* as ideias eugênicas, exalta a singularidade e a diversidade.

4. DISTINÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

4.1. A engenharia genética

A engenharia genética ou bioengenharia é um ramo da biologia que estuda o conjunto de genes e sua modificação em diversas espécies, hodiernamente essa disciplina inclui as noções de manipulação genética, reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica e clonagem, pois tende a modificação do patrimônio hereditário do ser humano¹⁹. Na lei de biossegurança 8.674, em seu art.3, V, o legislador evidencia que entende a engenharia genética como a atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante.

A engenharia genética tem como marco inicial a descoberta da estrutura helicoidal do DNA por Watson e

19. MANTOVANI, Ferrando. *Problemas penales de la manipulacion genética. Doctrina Penal.*

Crick em 1953, o que da inicio a Genética Molecular, a partir disso houve uma serie de outros avanços, o que culminou no mapeamento dos genes humanos em 2003, realizado através do Projeto Genoma Humano. Desde seu inicio a engenharia genética visa conhecer e ate mesmo intervir na estrutura genética humana, o que hoje em dia pode ocorrer em três dimensões temporais: pode ser atingido em seu passado, no presente e no futuro. A “engenhariação” do ser humano pode ocorrer no passado quando atinge a possibilidade de sequenciação e ampliação do DNA fóssil; intervém no presente quando possibilita o tratamento de diversas enfermidades genéticas, tradicionalmente tidas como incuráveis; prepara o futuro quando possibilita o prognostico e intervenções preventivas sobre certas doenças²⁰, além de possibilitar, através da manipulação do genoma do embrião, a produção de seres humanos mais resistentes a algumas doenças e com características desejáveis.

As primeiras experiências com a engenharia genética foram realizadas em laboratórios de pesquisa e na indústria de fermentação, locais onde é fácil vigiar os organismos manipulados, como ocorreu na União Européia nas décadas passadas. Contudo, hordienamente essas práticas se expandiram para diversos centros de pesquisa, entidades e indústrias que tem interesses pecuniários na bioengenharia. Por conseguinte, a fiscalização legal de tais práticas faz-se imprescindível.

As discussões sobre a engenharia genética estenderam-se para a sociedade civil, a partir da década

20. SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. p. 75-94.

de 80, através de ONGs, centros de pesquisa e universidades. Isso ocorreu devido ao início da comercialização dos organismos geneticamente modificados (OMG), que insuflaram debates sobre os efeitos ambientais e sanitários desse novo ramo da biologia²¹.

4.2. Reprodução artificial

A reprodução artificial ou reprodução assistida (RA) é a produção de vida humana em laboratório, essa técnica vem sendo utilizada há cerca de 30 anos. Tal técnica surge para solucionar o problema de casais ou mulheres inférteis que desejavam ter filhos na modernidade essa técnica é utilizada por casais heterossexuais inférteis, casais homoafetivos, mulheres com idade avançada, mulheres que optam pela produção impendente, entre outros. Devido à evolução científica torna-se possível que mediante a reprodução assistida haja a manipulação do genoma da futura criança, o que implica na possibilidade de práticas eugênicas.

Desde o século XVIII houve uma série de tentativas de inseminar em condições artificiais animais e seres humanos, em 1799 John Hunter, médico e biólogo inglês, foi o primeiro a obter sucesso na inseminação “não natural” em seres humanos. Em 1978 houve o primeiro processo de fertilização *in vitro* (FIV) que obteve sucesso, com o nascimento da inglesa Louise Brown, primeiro bebê de proveta, o que na época teve uma grande repercussão internacional,

21. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão Ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. 2011. p. 742.

atualmente o processo de reprodução assistida já foi naturaliza e uma miríade de crianças nascem através desse procedimento em todo o mundo²².

A reprodução assistida nem sempre vem acompanhada da engenharia genética, que implica na modificação dos genes. Ha dois tipos de reprodução assistida: a inseminação assistida e a fertilização assistida, esses procedimentos podem ser feitos com os gametas (óvulo e espermatozoide) do casal, de forma homóloga, ou através de uma doação de ambos os gametas, ou apenas do gameta masculino ou do feminino, de modo heterólogo.

A Inseminação artificial, mais antiga e bem aceita que a fertilização *in vitro*, consiste na introdução do espermatozoide na vagina mediante um instrumento chamado cânula, esse processo iniciado em 1799, foi facilitado a partir de 1954, quando passou a haver o congelamento das células germinativas masculinas.

Como aduzem Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz, a fertilização assistida, por sua vez, consiste em um procedimento com uma serie de etapas: começa com a retirada do material germinativo feminino (óvulos), a *posteriori* ha a sua colocação em um meio nutritivo, ha então a introdução do espermatozoide nesse ovulo e após a fecundação o zigoto é finalmente colocado no útero feminino, espera-se então a nidação para que se confirme ou não a gravidez. Durante a fertilização assistida é possível a manipulação genética da célula ovo, o que comprometeria todas as futuras divisões celulares do embrião, e, portanto modificaria

22. SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro" da Bioética ao Biodireito*. p. 75-94.

os traços genéticos do novo ser e de sua descendência. Essa modificação de genes pode constituir um dos mais avançados modos de eugenia²³.

4.3 Eugenia

A palavra eugenia tem sua origem etimológica na Grécia e vem da junção de “eu” (bem, correto) e “yevia” (genia=nascido), portanto, significa bem nascido²⁴. O termo eugenia refere-se a ciência que estuda as possibilidades de apurar a espécie humana sob o ângulo genético²⁵. O ser humano sempre buscou aprimorar-se e superar sua fragilidade e a ciência, através da eugenia, é o meio perfeito para a realização desse desejo. Contudo a eugenia através dos séculos justificou preconceitos e assassinatos. Isto posto, faz-se necessária o constante controle ético e jurídico para que tal movimento não leve a produção *in vitro* de seres “humanos perfeitos”, o que embasaria o preconceito contra aqueles que não são perfeitos, e atentaria a igualdade material que o direito legitima. Há também o perigo de que a manipulação genética com o fim de produzir uma raça superior acabe comprometendo o patrimônio genético e a própria espécie humana.

4.4. O genoma

O genoma consiste em todo material genético de um indivíduo, toda sua sequência de ADN, todo o ma-

23. Idem.

24. WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida. Aspectos do Biodireito e da Bioética*. p. 8-24.

25. GINÇALVES, Antonio. *A Eugenia de Hitler e o racismo da ciência*, 2006.

terial genético dos cromossomos de determinado organismo; o seu tamanho é dado geralmente como o número total de bases nitrogenadas²⁶. De acordo com Sérgio Danilo J. Pena e Eliane S. Azevêdo, O genoma humano consiste em 3 bilhões de pares de base de DNA distribuídos em 23 pares de cromossomos e contendo de 70.000 a 100.000 genes. Cada cromossomo é constituído por uma única e muito longa molécula de DNA, a qual, por sua vez, é o constituinte químico dos genes²⁷. Na década de 1990 começa um esforço internacional para descobrir e mapear todo o genoma humano, a partir de uma iniciativa pública e uma iniciativa privada é engendrado o Projeto Genoma Humano.

Projeto Genoma Humano (PGH), visava o conhecimento de todo o código genético humano e de suas alterações. Para tanto procurou identificar os 100.000 genes existentes nos 46 cromossomos componentes do genoma humano²⁸. No ano de 1993, como alude Antonio Baptista Gonçalves, com o patrocínio do Instituto Nacional de Saúde e do Departamento de Energia dos EUA e sob a direção de James D. Watson²⁹ surge o PGH, que incluiu diversos países, cujos cientistas intercambiavam informações e descobertas e a partir disso em meados de 1999 foi feito o primeiro rascunho do genoma humano, finalmente em 2003, no fim

26. Definição de genoma do glossário da genomics.energy.gov, site oficial do Departamento de Energia dos EUA que fomentou o PGH. (Tradução livre).

27. AZEVÊDO, Sérgio Danilo J. Pena; Eliane S. *O projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos*.

28. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 498.

29. GONÇALVES, Antonio Baptista. *A Eugenia de Hitler e o racismo da ciência*, 2006.

do projeto de extremo sucesso, foi sequenciado 99% do genoma humano. Hodiermamente, esse mapa dos genes humano possibilita o tratamento de patologias graves e repercute no acesso e na possibilidade de manipulação do patrimônio genético dos indivíduos, devido a isso esse projeto tem diversas demandas éticas, o que ensejou a criação da Declaração Universal do Genoma Humano e dos direitos Humanos em 1997. Essa declaração foi adotado na 29^a sessão de conferencia da UNESCO, ainda no ano de 1997.

4.5. Opções conceituais

Nesse artigo é escolhido para compor seu titulo o termo reprodução assistida, gênero cujas espécies são a inseminação assistida e a fecundação artificial, pois a partir disso surge a possibilidade de se trabalhar com ambas as espécies e suas implicações eugênicas.

O termo reprodução artificial surge em contrapon-to a reprodução natural, o que demonstra uma certa falta de aceitação social ao processo de reprodução feito de forma diferente ao que ocorreria sem a intervenção tecnológica. Diversas entidades religiosas e grupos sociais que adotam posições tradicionais são contra a reprodução artificial e a possibilidade desse meio de procriação ensejar que mulheres solteiras e casais homoafetivos femininos possam ter filhos. Para isso utilizam argumentos como a repercussão psicológica negativa que a reprodução artificial suscitaria na criança, uma espécie de “Síndrome de Frankstein”³⁰ e uma crise identitária; o fato de que a procriação artificial reifica-

30. SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito* p. 75-94.

ria o ser humano, pois apenas coisas e não pessoas podem ser produzidas em laboratórios; algo contrário ao que Deus estabeleceu como natural e a Sua vontade³¹.

Eugenia, cujo significado etimológico remete a expressão “bem nascidos” é uma palavra utilizada para designar a busca científica pelo melhoramento genético, a escolha desse termo remete a ideia de que ha indivíduos geneticamente superiores, “bem nascidos” e que, por conseguinte, ha indivíduos que não o são, sendo então, inferiores. Portanto, a expressão carrega consigo uma serie de preconceitos econômicos, raciais, morais e físicos que acompanharam os procedimentos eugenistas ao longo da historia, alem da arriscada hierarquização de seres humanos com base em características consideradas naturais e imutáveis (características ditas como genéticas), o que fere gravemente os princípios da isonomia e da dignidade humana e ensejam discriminações ilegítimas.

Nos últimos tempos inúmeras características físicas, mentais e comportamentais das pessoas passaram a ser explicadas à luz da genética, o que nega a importância do contexto e da liberdade de escolha de cada indivíduo para a sua formação. Essa cultura de “geneticização” de explicações psicológicas, sociológicas e antropológicas abre espaço para a disseminação de pesquisas e manipulações do genoma humano e para a própria eugenia.

O termo eugenia também é historicamente associado ao nazismo e aos terrores e violências infligidas

31. PEGADO, Isilda. Reprodução Artificial Uma lei contra o tempo. *Revista Alameda Digital*, Portugal, 4 dez. 2006.

nesse contexto a pessoas ditas geneticamente inferiores. Vê-se a ciência sendo utilizada para legitimar preconceitos e interesses políticos e econômicos.

Como nesse artigo cabe a análise dos procedimentos do ramo da biologia que visa o melhoramento da espécie a partir das revoluções tecnológicas das últimas décadas e suas discussões éticas, elegeu-se o termo eugenia, com todo o seu peso histórico, para referir-se as práticas de bioengenharia que visam interferir na produção de seres humanos. Afinal dependendo do caminho que se escolha trilhar quanto à manipulação e a atribuição de valores pecuniários ao genoma humano, não é muito difícil que esse seja utilizado para discriminar, justificar preconceitos e até mesmo modificar, sem respeito à dignidade e a diversidade humana, a nossa espécie.

5. EUGENIA E MANIPULAÇÃO

5.1. História da Eugenia

A Eugenia tem sido uma constante busca da humanidade, desde os tempos mais longínquos há uma procura pelo aprimoramento da espécie, utilizando-se para tais procedimentos e tecnologias peculiares a cada época e cultura. Hodiernamente, devido à evolução técnica e científica de nossa sociedade tornaram-se possíveis práticas eugênicas extremamente sofisticadas, sobretudo a partir do mapeamento do genoma humano. O PGH ensinou o sequencialmente dos genes e o conhecimento das sequências genéticas que contêm genes defeituosos, logo, é possível saber a partir da análise do material genético de um embrião se esse apresenta um gene defeituoso, suas futuras

características e a sua predisposição para desenvolver uma série de patologias.

É fundamental uma análise histórica da eugenia que ao longo dos séculos já justificou a discriminação, possibilitou o surgimento de sociedades e raças nas quais era prenha a produção de seres humanos com características culturalmente desejadas e alicerçou intensos genocídios, tal qual o visto na Alemanha Nazista.

Durante a antiguidade clássica, na cidade-estado grega de Esparta, na qual predominavam os ideias e valores bélicos, o interesse social que predominava era o da produção de exércitos implacáveis, para isso os espartanos deveriam passar por um intenso treinamento e ter suficiente força física. Com esse fim, os lacedemônios adotavam medidas para purificação de raça, todos os recém-nascidos eram examinados de modo cuidadoso por um conselho de anciões e se esses constatassem qualquer anormalidade física, mental ou falta de robustez, se ordenava que a criança fosse assassinada, sendo lançada de cima do monte Taigeto³².

Já o povo judeu também adotava regras de higiene e profilaxia, objetivando a formação de uma raça pura, para esse povo o ritual de inserção no grupo através da circuncisão era tão importante quanto à descendência de sangue puro, por isso não havia o hábito de casamentos inter-raciais e só é judeu aquele que nasce de mãe judia, de um ventre judeu. Os eugenistas dos séculos XIX e XX se inspiraram em

32. DIWAN, Pietra. Eugenia, a biologia como farsa No século XIX o racismo ganhou tatus científico por meio de uma doutrina que inspirou governos e intelectuais de todo o mundo. *Revista Histórica*, ed. 49, nov. 2007.

diversas teorias e praticas da antiguidade para constituírem seus modelos de eugenia científica³³.

A pesar de já haver praticas de eugenismo na antiguidade, a eugenia “moderna” surgiu na Inglaterra em 1883. Segundo Valdeir Del Cont, no supradito ano Francis Galton, com o intuito de aplicar os pressupostos da teoria da seleção natural de Darwin em seres humanos, unindo dois termos gregos, cunhou a expressão eugenia³⁴. Galton tinha como objetivo desenvolver uma ciência sobre a hereditariedade humana que pudesse indicar os melhores membros portadores das melhores características, e incentivar sua reprodução e também encontrar aqueles que tivessem características degeneradas e evitar que esses se reproduzissem. A prática pretendida por sir. Galton já era realizada por criadores de animais, com seus cavalos e cachorros, entre outros³⁵. A partir disso o pai da eugenia moderna trouxe a proposta de esterilizar os seres humanos fracos de corpo e mente e os de arcas inferiores, para ele a melhoria da humanidade ocorreria a partir de casamentos seletivos. Na Inglaterra do fim do século XIX e início do século XX havia uma significativa preocupação quanto à possibilidade de “degeneração racial”, já que, relativamente aos índices de natalidade das classes mais baixas, a taxa de nascimentos das elites declinavam.

Nesse contexto, como alude Antonio Baptista Gonçalves, — devido, sobretudo a efervescência

33. Idem.

34. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade, *Sci. stud.*, v.6, n.2, São Paulo, abr./jun. 2008.

35. Idem.

científica da época provocada pelas teorias de Darwin, Mendel, Spencer, entre outros — para muitos era natural e aceitável que a qualidade da população pudesse ser aprimorada com o casamento entre os melhores membros da sociedade (os bens nascidos) e a proibição das uniões entre pessoas com características indesejáveis³⁶.(25) Acreditava-se, também, que partir dos estudos eugênicos seria possível a produção de um tipo humano idealizado, destituído de traços considerados degenerativos, viciosos e doentios³⁷.

Na Inglaterra, portanto era praticada a “eugenia positiva”, que consiste em matrimônios seletivos. Contudo nos EUA houve a disseminação da “eugenia negativa”, que é muito mais agressiva, pois consiste na eliminação das futuras gerações “geneticamente incapazes”, que eram os enfermos, os pobres e os membros de raças indesejáveis. Essa eliminação dar-se-ia por meio da esterilização compulsória, eutanásia passiva, proibição marital e ate mesmo o extermínio. A eugenia teve tanto sucesso nos Estados Unidos que em 27 estados norte americanos, com o aval da Suprema Corte e expressamente contra os princípios constitucionais estadunidenses, foram criadas leis que instituíam a esterilização compulsória, houve também a restrição de casamentos inter-raciais³⁸.

Como se viu alhures, o movimento eugênico foi amplamente disseminado nos Estados Unidos, mas

36. GONÇALVES, Antonio Baptista. *A Eugenia de Hitler e o racismo da ciência*, 2006.

37. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade, *Sci. stud.*, v.6, n.2, São Paulo, abr./jun. 2008.

38. Idem.

seu ápice remete a um dos episódios mais marcantes de violência e desrespeito da dignidade humana — o holocausto-motivado, entre outros fatores, pela busca da eugenia e do desenvolvimento de “técnicas” eugênicas ocorrido na primeira metade do século vinte, na Alemanha nazista.

De acordo com Bernardo Beiguelman, as práticas eugenistas na Alemanha são anteriores ao nazismo, em 1908 na atual Namíbia, antiga colônia alemã localizada no continente africano, foi proibido o casamento inter-racial entre alemães e naturais daquela região e foram anuladas as uniões já existentes. O discurso nazista de que as diferenças entre os seres humanos têm uma origem biológica e de que não deve haver igualdade jurídica entre inferiores e superiores foi bem aceito pelos geneticistas alemães da década de 30, que concordavam com isso. Com a adoção de práticas eugênicas passou a ser tarefa dos cientistas identificarem quais seres humanos eram inferiores, os psiquiatras identificavam os seres degenerados dentro da população alemã, ou seja, aqueles que tinham deficiências mentais, psicológicas e homossexuais. Já os antropólogos tinham como função identificar “os seres inferiores não alemães”, o que consistia nas populações de eslavos, ciganos, negros e judeus³⁹.

Durante o período nazista, com o intuito de se produzir uma raça pura e superior, houve a promulgação de algumas leis que legitimavam praticas eu-

39. BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: PESSINI, Leo; BAR-CHIFONTAINE, Christian de Paul de (orgs.). *Fundamentos da bioética*. p. 109-119.

genistas agressivas e preconceituosas. “A Lei para prevenir a procriação de filhos com doenças hereditárias”, de 1933, durante sua vigência levou a esterilização compulsória de milhares de pessoas com deficiências físicas e mentais hereditárias, problemas psicológicos, má formação grave e alcoolismo. Essas pessoas eram submetidas a um “tribunal eugênico”, formado por dois médicos e um juiz. Além da esterilização houve também o assassinato de pessoas que apresentavam as condições supracitadas. “A Lei da Eutanásia”, de 1939, permitiu o assassinato de pelo menos 75.000 doentes psiquiátricos, na Alemanha e nos países ocupados pelo poder germânico. Em 1935, é criada “a Lei de proteção ao sangue e ao casamento alemão”, tal diploma proibia o casamento e as relações extraconjugais entre judeus e alemães. Finalmente, em 1941, ficou claro que a solução para o problema judaico deveria ser o extermínio em massa dos judeus de toda a Europa. Na Conferencia de Wansee, de janeiro de 1942, da qual participaram geneticistas, estabeleceu-se que o genocídio de judeus dar-se-ia em campos de extermínio, nos quais em menos de dois anos, forma assassinados 2 milhões e 400 mil judeus, segundo o escritório de estatística da SS em janeiro de 1943⁴⁰.

A ciência e o direito foram, ambos, utilizados para justificar e legitimar a violência, o preconceito e as tragédias que marcaram o holocausto. Os juristas e cientistas apoiaram o movimento eugenista, o que não ocorreu apenas na Alemanha, mas também em diversos outros países, inclusive na América Latina.

40. Idem.

5.2. A implantação da eugenia no Brasil e na América Latina

Na América Latina do século XX, diferentemente dos países anglo-saxônicos, a eugenia era baseada predominantemente em concepções que se apoiavam na transmissão de caracteres adquiridos, a partir disso surge uma eugenia “preventiva”, que tem como foco as reformas sociais e a adaptação ao meio, em detrimento de questões biológicas. Os movimentos eugênicos da América Latina tinham um objetivo comum, que consistia na homogeneização da identidade nacional, cuja concretização foi vislumbrada tanto a partir de políticas de branqueamento, quanto com a criação de uma identidade mestiça. Esse movimento rapidamente se institucionalizou em vários países do continente.

Como assinala Bernardo Beiguelman, na América Latina predominou a adoção de medidas menos agressivas que as adotadas nos EUA, a eugenia preventiva latino-americana visava à incorporação de políticas higienistas, de saneamento e combate aos venenos raciais, tais como o álcool, a nicotina, a sífilis, entre outras patologias infecciosas. A puericultura também tinha fundamental importância, como medida preventiva para conservar a saúde racial das mães e de seus descendentes. Havia uma grande divulgação de programas de educação e moralização sexual, além de conselhos aos pais, com o fim de evitar que o meio social constituísse uma fonte de degeneração hereditária. Ocorreu também o controle matrimonial, que tinha como foco os discursos de gênero, raça e nação. Esse controle consistia em por meio de exames médicos e certificados pré-matrimoniais definir-

-se os indivíduos aptos a casar, as uniões tidas como inadequadas eram as ocorridas entre indivíduos que tinham vícios sociais e patologias hereditárias⁴¹.

Conforme Adriana Zimbar, O Brasil foi o primeiro país da América Latina a ter um movimento eugenista organizado, em 1918 surge a Sociedade Eugênica de São Paulo. Contudo, esse movimento era heterogêneo, e trabalhava, sobretudo com o saneamento e a higiene. A questão racial sempre foi pregnante no discurso eugenista brasileiro, que queria formar uma população saudável e sem conflitos, considerava-se que o alcoolismo e as doenças eram fatores que contribuíam para a degeneração racial, enquanto a saúde mental e moral eram indicadores de uma raça evoluída. Nesse contexto, em 1929 é fundado o Sanatório Pinel, localizado em Pirituba, São Paulo. A esse sanatório eram levadas pessoas que não se encaixavam nos padrões eugenistas ou eram inconvenientes a sociedade⁴².

Parte dos eugenistas acreditava que o melhoramento da raça brasileira dar-se-ia através da miscigenação, na qual haveria a mistura entre os ex-es-cravos e os imigrantes europeus, que trariam seus genes superiores, o que proporcionaria um futuro mais puro para a raça brasileira. Outra parte dos eugenistas, no entanto, pregava a produção do “tipo nacional” através do embranquecimento da população, para isso os eugenistas acreditavam que deveriam adotar medidas de esterilização, controle da

41. BEIGUELMAN, Bernardo. *A hora da eugenia: raça, gênero e nação na América Latina*. Nancy Leys Stepan. Resenha.

42. ZIMBARG, Adriana. *A história da eugenia e os crimes do Preto Amaral. Eugenisimo e eugenia no Brasil*. Parte 5. 2007.

entrada de imigrantes, exame pré-nupcial, proibição de casamentos inter-raciais, pena de morte e aqueles que portavam enfermidades contagiosas teriam que ser confinados e vigiados⁴³.

Kehl, fundador da sociedade eugenia no Brasil, acreditava que os males sociais eram incuráveis, e que, portanto, só poderiam ser sanados com o aperfeiçoamento da espécie, assim o movimento eugênico no Brasil não se restringia apenas a fatores sócio culturais, incluindo também os fatores biológicos. Esse eugenista propôs que a melhoria racial ocorreria através da utilização de procedimentos radicais como o a castração, esterilização compulsória (eugenia negativa) e também através de exame pré-nupcial, educação eugenia e campanhas contra o alcoolismo e proliferação de doenças (eugenia positiva)⁴⁴.

5.3. A Eugenia no contexto hodierno: possibilidades de manipulação

Hoje em dia há um crescente mercado que oferece serviços de aconselhamento genético e reprodução assistida. Devido a não haver uma legislação que regule de forma ideal a reprodução humana e a eugenia não ser codificada no Brasil, tais serviços podem ensejar práticas eugenistas. Outro fator que corrobora a proliferação das praticas eugênicas é a evolução tecnológica que possibilita meios cada vez mais sofisticados de fazer-se eugenia, tal como a diagnose pré-natal que permite uma intervenção intrauterina que vise à melhoria genética e o aborto eugênico; a terapia

43. Idem.

44. Ibidem.

gênica na qual ha a possibilidade de produção e escolha de embriões geneticamente superiores ou com um determinado sexo, ou determinada característica; a reprodução assistida heterologa, na qual haja escolha do doador; a manipulação no genoma da célula germinativa ou embrionária, que dará origem a futura criança, visando seu “aperfeiçoamento” genético.

Como aduz Maria Helena Diniz, no Brasil segundo a resolução CFM nº 1.957, VI, nº 1 e 2 de 2010, é possível a terapia normal em embriões, havendo o consentimento dos genitores, em razão de um diagnóstico pré-natal, genético ou não, o que é positivo, pois visa a sua cura por meios terapêuticos habituais, como medicamentos e dieta ou impede sua transmissão com chances reais de sucesso⁴⁵.

Como foi supramencionado, hodiernamente, ainda existem procedimentos eugênicos no Brasil, no entanto esses ocorrem de forma mais subtil. O que pode ser visto na fertilização *in vitro* heterologa. Como alude Rosely Gomes Costa, nesse procedimento os doadores são escolhidos predominantemente pela equipe médica, contudo também há casos em que os próprios receptores das células germinais os escolhem. Percebe-se que essa escolha é motivada por uma certa eugenia de cunho racista, pois tanto médicos quanto pacientes preferem a adoção do material germinativo de doadores brancos. O critério utilizado para a escolha do doador é que esse se pareça com o receptor, contudo as famílias pedem por doadores mais claros, o que mostra uma tendência ao branqueamento através desse pro-

45. DINIZ Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 501-531.

cedimento. Outrossim, os pacientes dizem que aceitariam sem problemas o material proveniente de doadores mais brancos, mas rechaçariam tal doação se o concesso em questão fosse mais escuro que eles⁴⁶. O racismo foi uma das características predominantes do movimento eugênico brasileiro, observa-se que isso se mantém nas escolhas de doadores de sêmen e ovócitos. Novamente a tecnologia possibilita meios de eugenia cada vez mais refinados.

Exemplifica-se outro procedimento eugênico adotado no Brasil, que consiste na escolha do sexo do bebe mediante a reprodução assistida, cuja realização dá-se através das técnicas de seleção de semem que tem 70% de chance de sucesso e da PGD (diagnóstico genético préimplantacional) que é feito a partir da técnica “*in vitro*” e tem 100% de chance de ser bem sucedida⁴⁷.

Muitas outras práticas eugênicas são realizadas ao redor do mundo, a lei portuguesa, por exemplo, permite o diagnostico pré-implantatório, ocorrido na reprodução “*in vitro*”. Como assinala Isilda Pegado, esse diagnóstico possibilita, através do conhecimento do genoma embrionário, praticar-se a eugenia. Tal procedimento consiste em a partir de um conjunto de embriões, selecionar aqueles que tenham as características desejadas, pelos médicos ou progenitores, e descartar o excedente embrionário que não cumprem tais requisitos⁴⁸.

46. COSTA, Rosely Gomes. *O que a seleção de doadores de gametas pode nos dizer sobre noções de raça*.

47. SOUZA, Sydney de Oliveira. *Projeto genoma: a busca incansável pela eugenia*, 2005.

48. PEGADO, Isilda. Reprodução Artificial Uma lei contra o tempo. *Revista Alameda Digital*, Portugal, 4 dez. 2006.

A técnica de biopsia embrionária consiste na retirada de uma célula do embrião no terceiro dia de vida, em caso da fertilização assistida. O que é permitido, no Brasil, pelo Conselho Federal de Medicina, apenas, se houver forte suspeita de doenças graves. Tal restrição do CFM impede que tal biopsia dê oportunidade a eventuais procedimentos eugênicos.

A terapia genética em células germinativas, ocorre na fase pré-implantatória, atuando tanto sobre o zigoto quanto, anteriormente a fertilização, sobre o óvulo, espermatozóide ou pré-embrião. Como ensina Maria Helena Diniz, essa terapia objetiva corrigir a anomalia genética que nele esteja configurada, mudando de forma definitiva seu genoma, o que altera o ser que vira a surgir do embrião e sua descendência. Nisso há o risco da produção de mutações indesejadas, anomalias hereditárias ou cancerígenas. Por tal motivo, esse procedimento é contra indicado pela Associação Médica Mundial, pois tal intervenção sobre o embrião não constitui uma terapia, senão a alteração de sua identidade genética, eliminação da pessoa humana em potencial e eugeniação, já que busca o aprimoramento genético da espécie⁴⁹.

A eugenia enaltece a terapia genética nas células germinativas, a fim de criar uma espécie humana menos vulnerável a sofrimentos e patologias hereditárias. O ideal eugênico de criação de uma espécie perfeita através da eliminação dos mais inaptos e a substituição de um inescapável destino genético pelos milagres da biotecnologia engendraria um mun-

49. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 501-531.

do perfeito, o qual o ser humano sempre ambicionou, sem enfermidades, mortes precoces, deficiências ou dificuldades. Nesse mundo quimérico, haveriam linhagens de seres humanos dotados de uma saúde perfeita, força física e beleza, contudo isso levaria a um biopoder, a manipulação da identidade genética humana levaria a uma reificação do ser humano, e a uma medicina purista e sem humanidade, o que remeter-nos-ia ao mesmo que ocorreu no nazismo⁵⁰.

Os seres humanos devem aprender a respeitar suas debilidades e aprender a lidar com as deficiências e os deficientes, pois terapia nenhuma consiste na eliminação de seus pacientes. Portanto, os ditos menos aptos geneticamente ou aqueles com deficiências físicas ou mentais, muitas vezes, não devem passar por milagrosas curas genéticas e sim pelo influxo dos fatores ambientais e sociais, se integrarem e serem assimilados na sociedade. Essas pessoas devem ter uma melhor qualidade de vida, o que a ciência tem como função garantir, pois é a ciência que deve estar a serviço do ser humano e não ao contrário, já que as pessoas devem ser sempre um fim e não um meio.

Visando que esses indivíduos tenham qualidade de vida, muitas vezes, é mais relevante a sua acessibilidade e integração social do que a modificação genética. As pessoas não devem ser curadas de seu genoma, pois isso representa sua identidade e não seria razoável curar o ser humano de si mesmo, o que poderia limitar suas potencialidades e desrespeitar sua dignidade.

50. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 501-531.

Segundo a supramencionada autora, a manipulação genética, por sua vez, possibilita a seleção dos caracteres dos indivíduos, tais como sexo e compleição física, o que pode levar a uma eugenia de cunho racista e sexista. Além disso essa técnica possibilita uma série de experiências genéticas, como a combinação de genes de diferentes espécies. Qualquer manipulação nos genes oferece riscos à saúde humana e a sua dignidade, o que pode levar a humanidade a abrir sua caixa de Pandora e percorrer um caminho sem volta, no qual as futuras gerações estão comprometidas⁵¹.

O genoma, portanto, não deve ser alterado, pois além de fazer parte da identidade de cada indivíduo é patrimônio da humanidade, pois qualquer modificação que se faça no DNA ou RNA representa um risco para a humanidade como um todo. Por isso no Brasil, como já foi observado, veda-se a manipulação de células germinativas e embrionárias humanas ou qualquer intervenção *in vitro* ou *in vivo* no material genético humano, salvo em casos de tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos e com a previa aprovação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança⁵².

Em tais casos a manipulação genética tem como fim a cura e a minimização de sofrimentos para a pessoa, portanto são legítimos. Apenas podemos admitir a eugenia positiva, que tenha como teleologia a obtenção de cura, a diminuição do sofrimento do portador do mal ou sua prevenção, como o aconselhamento genéti-

51. Idem.

52. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 501-531.

co, desde que utilize de meios prudentes e não produza violências e desrespeitos a dignidade da pessoa humana, tais como o aborto eugênico, a esterilização⁵³.

Os progressos da engenharia genética prenunciam a possibilidade de através da manipulação no genoma fazer-se uma melhoria genética germinal, a qual na perspectiva eugênica possibilita a produção de seres humanos mais belos, mais inteligentes, com maior capacidade esportiva e de memória, entre outras características consideradas ideais por essa sociedade⁵⁴.

Constituem atos atentatórios ao patrimônio genético da humanidade a manipulação genética sem fins terapêuticos e também as manipulações genéticas, que através da eugenia negativa, tenham como objetivo modificar as características de determinados grupos sociais, tais como os indígenas, negros e deficientes, para obtenção de um “aprimoramento” no seu acervo genético, mediante a extinção de características tidas como indesejáveis, através da eliminação de genes deletérios e da depuração genética, o que supostamente solução de alguns problemas sociais⁵⁵. Tal prática consistiria em um “genocídio genético” e um crime contra a diversidade humana, não se deve olvidar-se de que as características de determinada raça ou grupo de pessoas, apenas, são indesejáveis para uma sociedade preconceituosa e intolerante como a nossa. Essa prática racista remete a eugenia praticada nos EUA e na Alemanha Nazista.

53. Idem.

54. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. 2005, p. 34.

55. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p 501-531.

Como se viu, a partir das praticas eugênicas é possível escolher além de embriões que não tenham genes defeituosos, as futuras características físicas e as predisposições comportamentais de futuros seres humanos. É possível à escolha de embriões que não contenham anomalias genéticas, genes que determinem patologias físicas e mentais, defeitos congênitos e predisposição a algumas doenças, assim como o descarte de embriões que contenham genes indesejados. Igualmente, há a possibilidade de determinarem-se as características físicas do nascituro, tal como sexo, cor da pele, cor dos olhos; suas características comportamentais, tal como a predisposição para o alcoolismo, obesidade ou toxicômano; e eliminar-se características hereditárias indesejadas. Destarte, como ilustra Sydney de Oliveira Souza, a partir da manipulação genética na fertilização assistida é exeqüível a produção de seres com uma notável superioridade genética e de “bebes de prateleira.”⁵⁶

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1) O ser humano é um ente moral e em todas as suas praticas e comportamentos ha naturalmente valorações. Para que haja uma tutela ideal da dignidade humana quanto ao conhecimento e a manipulação do seu genoma é necessário que haja um código de ética dispondo sobre tal assunto. Igualmente, é fundamental uma constante reflexão ética sobre a utilização do conhecimento científico para que esse não seja um alicerce a justificação de discriminação e

56. SOUZA, Sydney de Oliveira. *Projeto genoma: a busca incansável pela eugenia*. 2005.

arbitrariedades, cabe ao Direito como instancia ético-normativa promover e legitimar tal discussão ética. Por conseguinte, é fundamental que o Código de Ética de Manipulações Genéticas, previsto pela lei de biossegurança 8.974 seja finalmente criado e que a partir dessa normatização se estabeleça as orientações necessárias para a atuação de médicos, cientistas e da sociedade civil no que tange a possibilidade da utilização da bioengenharia para proporcionar procedimentos eugênicos.

2) Destaca-se a importância e a premência da tipificação de crimes culposos pela lei 11.105 para que a tutela de bens jurídicos tão importantes como o patrimônio genético, a vida e a dignidade humana possam ser realmente efetiva, minimizando as possibilidades da violação de tais bens.

3) A lei de biossegurança deveria ser mais precisa e inovadora quanto aos limites e possibilidades da manipulação genética. Existem muitas situações que ainda não são alcançadas ou que são alcançadas de forma deficiente por tal lei, que não delimita, por exemplo, as possibilidades de escolher o sexo do futuro filho na reprodução assistida. A Lei de biossegurança tampouco tutela praticas eugênicas que vem sendo feitas, como a seleção do doador na fertilização artificial heterologa, a partir de características raciais e fenotípicas. Essa lei é lacunosa quanto a possibilidade do conhecimento do seu genoma pelo próprio sujeito, ou por entidades públicas e privadas o que poderia ensejar o preconceito. O referido diploma também deveria ser mais clara quanto a proibição expressa da manipulação do genoma humano, que não seja para fins terapêuticos estritamente necessários,

que tenham sido avaliados a priori por comissões éticas. Portanto, urge uma edição de normas relativas a biossegurança com maior amplitude, para que assim haja uma tutela suficiente e efetiva ao genoma humano, a sua diversidade, a reprodução assistida e a dignidade da pessoa humana. Outrossim, tal lei deveria trazer um limite mais claro à possibilidade de eugenia, sobretudo, a não terapêutica.

4) Faz-se imperativo que haja no seio da sociedade e do Direito uma constante discussão ética sobre eugenia, na qual se questione até que ponto a manipulação genética que vise sua evolução e a prevenção de doenças, através da terapia gênica, não são a força motriz de preconceitos cabe também nesse contexto questionar-se se essas intervenções, algumas que já estão sendo feitas e outras que são possíveis, são realmente diferentes das práticas nazistas.

Conhecimento é poder, dessa premissa se valeram os nazistas ao utilizarem práticas científicas para justificar seu preconceito e o extermínio cruento de mais de dois milhões de seres humanos. Quanto maior for a evolução técnica, maiores são os riscos da utilização dos saberes científicos para atentar contra os indivíduos, pois, infelizmente, o saber técnico nem sempre está acompanhado do saber ético. Os avanços conquistados através do PGH, possibilitam que se modifique o genoma humano, produzindo assim uma espécie ideal, o que levaria a cura de doenças congênitas e hereditárias que assolam a humanidade. Contudo, a humanidade é racista, sexista e preconceituosa, e é provável que se insista também em “curar” as características fenotípicas e genotípicas que julga-se

indesejáveis, atentando, assim, contra a diversidade humana. A eugenia sempre é arriscada, pois o que significa exatamente melhorar a espécie? De que males queremos ser curados? Deve-se ter bastante cautela quanto a utilização de práticas eugênicas, pois sempre há o risco de que a ambição e a intolerância humana produzam mais uma série de holocausto.

5) A eugenia pressupõe uma hierarquização: há aquilo que é geneticamente superior e em contrapartida há o que é degenerado, o que quebra a isonomia, representando uma visceral violação dos direitos humanos. Até que ponto há evolução diante do desrespeito flagrante a valores caros a coletividade e a dignidade humana? Tal revolução científica se utilizada de forma antiética, representaria pelo contrário uma involução social, no que concerne a axiologia e ao convívio ético e respeitoso entre os seres humanos. Além disso, sempre se deve levar em consideração a influência do ambiente e a autodeterminação humana, o que implica em um fenótipo, pois o portador de uma anomalia genética pode ter uma integração e interação social mais expressiva que alguém dito normal. O ser humano não é apenas determinado pela genética, portanto não é esse critério que pode retirar o direito de alguém de viver ou comprometer a integridade original de seu genoma, a partir de aborto eugênico e terapia gênica respectivamente.

6) Em nossa sociedade os interesses mercadológicos muitas vezes ultrapassam os interesses morais, quer-se atribuir um valor econômico e obter-se lucro a partir de todas as possibilidades. A inovação da reprodução artificial culminou em um crescente mer-

cado, que tem se aperfeiçoado através das novas tecnologias, logo será possível, a partir da manipulação genética, serviços nos quais os progenitores escolham as características do futuro filho, mediante o pagamento a essas empresas de reprodução. Ter-se-á assim a transformação de seres humanos em produtos e a sua conseqüente reificação, o que fere sua dignidade, que o Direito diz tutelar até mesmo anteriormente a seu nascimento. Portanto faz-se necessário como defende a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e a Lei de biossegurança uma tutela efetiva, que mesmo quando houver choque com interesses políticos e econômicos de grupos hegemônicos, proteção jurídica da integridade do genoma com base na dignidade da pessoa humana.

7) Como os desdobramentos da manipulação genética e da terapia gênica pré-implantatório repercutem na descendência do indivíduo e são imprevisíveis, a intervenção genética representa um risco para a espécie. Portanto, deve-se resguardar o patrimônio genético humano e a identidade genética dos indivíduos, a fim de proteger, também, as futuras gerações. Por conseguinte, deve haver sempre a proibição expressa das intervenções no genoma humano, ressalvando-se os casos em que há a eminente necessidade de genoterapia para a cura de enfermidades graves, com uma avaliação ética e legal realizadas previamente.

8) A eugenia tem como ideal de criação de seres perfeitos: invulneráveis a enfermidades, belos, inteligentes e com capacidades esportivas notáveis, o que extingiria os seres inaptos e as raças impuras. Contudo, tais características são baseadas em padrões valorativos e culturais que variam, destarte não existem

características ideais, não existe modelo humano ideal. Acreditar que isso existe apenas enseja preconceitos. Deve-se, a favor da dignidade humana, respeitar a diversidade genética da espécie e promover a igualdade material e formal entre todos os seres humanos. O que consiste na acessibilidade e integração social dos grupos humanos preconceituados e excluídos, assim como dos deficientes, ao invés de sua eliminação através de um eugenismo que vise uma raça pura.

É fundamental para o desenvolvimento moral da sociedade que haja a proteção a diversidade humana e as distintas potencialidades e peculiaridades de cada indivíduo.

7. REFERÊNCIAS

- PEGADO, Isilda. Reprodução Artificial Uma lei contra o tempo. *Revista Alameda Digital*, Portugal, 4 dez. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MANTOVANI, Ferrando. Problemas penales de la manipulación genética. *Doctrina Penal*, n. 33/34, Buenos Aires: Depalma, 1986.
- MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos, *Sur. Rev. Int. Direitos Humanos*, v.6, n.11, São Paulo, dez. 2009.
- QUEIROZ, Víctor Santos. A Dignidade da Pessoa Humana no Pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>.

- CARVALHO, Gisele Mendes de. *A nova lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e a polêmica em torno à utilização de embriões humanos para fins terapêuticos*. Boletim Ibccrim, v.13, n.155, p.16, out. 2005.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *A Lei nº 8.974/95 e a discutível proteção penal do patrimônio genético*. Boletim Ibccrim, n.87, Editorial, fev. 2000.
- NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- EMERICK, Maria Celeste; MONTENEGRO, Karla Bernardo Mattoso; DEGRAVE, Wim (orgs.). *Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde*. Rio de Janeiro: Projeto Ghente, 2007.
- UNESCO. *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*. Edições UNESCO, 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>.
- GENOMICS. Disponível em: <<http://genomics.energy.gov>>.
- PENA, Sérgio Danilo J.; AZEVÊDO, Eliane S. O projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços Técnicos e Dilemas Éticos. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coords.) *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro" da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. 7. ed. rev. atual. reform. São Paulo: RT, 2011.
- SOUZA, Sydney de Oliveira. *Projeto genoma: a busca incansável pela eugenia*. 2005. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/BS?dd1=13&dd99=pdf>>.

- CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Sci. stud.*, v.6, n.2, São Paulo, abr./jun. 2008.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. A Eugenia de Hitler e o racismo da ciência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 maio 2006.
- DIWAN, Pietra. Eugenia, a biologia como farsa no século XIX o racismo ganhou status científico por meio de uma doutrina que inspirou governos e intelectuais de todo o mundo. *Revista Historiaviva*, ed. 49, nov. 2007.
- BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (orgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.
- SOUZA, Vanderlei Sebastião de. A hora da eugenia: raça, gênero e nação na América Latina. Nancy Leys Stepan. Resenha. *Cad. Pesqui.*, ago. 2007, v.37, n.131, p.515-518.
- ZIMBARG, Adriana. *A história da eugenia e os crimes do Preto Amaral. Eugenismo e eugenia no Brasil*. 2007. Disponível em: <<http://www.duplipensar.net>>.
- COSTA, Rosely Gomes. O que a seleção de doadores de gametas pode nos dizer sobre noções de raça. *Physis*, jul. 2004, v.14, n.2, p.235-255.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARCCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e Reprodução Medicamente Assistida*. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (orgs.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.
- WIDER, Roberto. *Reprodução Assistida. Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

