

# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 08 | 2013.2





# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 08 | 2013.2

Salvador, Bahia  
**2014**

ISSN: 2176-0039

**Capa:**

Amanda da Silva Gonçalves

**Editoração eletrônica:**

Carla Piaggio, Thalita Amorim  
([www.carlapiaggio.com.br](http://www.carlapiaggio.com.br))



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

# Sumário

## Capítulo I

### **O JÚRI POPULAR COMO EXPRESSÃO (ANTI)DEMOCRÁTICA DA CONSTITUIÇÃO**

**FEDERAL DE 1988..... 11**

*Ayala de Novais Magalhães*

*Clara Caldas Marocchi*

*Flávia Oliveira Sacramento Silva*

*Priscila Lordello Baraúna Rodrigues*

1. Introdução ..... 14
2. Tribunal do Júri ..... 15
  - 2.1. Histórico ..... 17
  - 2.2. Características do Tribunal do Júri ..... 18
3. Discurso, Manipulação Discursiva da Mídia  
e Direito Penal ..... 21
  - 3.1. Sobre as Condições de Debate ..... 22
  - 3.2. O Poder Discursivo da Imprensa ..... 23
  - 3.3 Mídia e Direito Penal ..... 24
4. A (in)constitucionalidade do Tribunal do Júri? ..... 26
  - 4.1 A motivação das decisões judiciais como  
meio de concretização do ideal democrático ..... 30
  - 4.2. A Manipulação dos Jurados ante o Ideal  
Democrático: Incongruências ..... 32
  - 4.3. Normas Constitucionais ou Inconstitucionais?  
Uma Análise Crítica da Participação de  
Jurados Leigos em um Júri Popular ..... 33
5. Considerações Finais ..... 35
6. Referências ..... 37

## Capítulo II

### **MORTE DIGNA: ATÉ ONDE O DIREITO PODE INTERVIR NA VIDA DO SER HUMANO .....**

**39**

*Bianca Costa Ramos*

*Priscila Lordello Baraúna Rodrigues*

*Priscilla Machado Melo Sapucaia da Silva*

1. Introdução .....	42
2. Eutanásia .....	43
2.1. Distribuições conceituais necessárias .....	46
2.1.1. Eutanásia ativa x eutanásia passiva x duplo-efeito.....	46
2.1.2. Distinções quanto ao consentimento do enfermo.....	48
2.1.3. Ortotanásia .....	49
2.1.4. Distanásia .....	52
2.1.5. Mistanásia .....	54
2.1.6. Suicídio assistido .....	55
3. Tratamento Jurídico Penal No Brasil.....	56
3.1. Tratamento no código penal brasileiro.....	58
3.2. Tratamento no anteprojeto da reforma do código penal .....	60
3.3. Tratamento pelo Conselho Federal de Medicina.....	61
4. Eutanásia Em Debate: Uma Reflexão Crítica.....	63
4.1. Argumentos favoráveis.....	66
4.2. Argumentos contrários.....	70
5. Considerações Finais .....	72
6. Referências .....	72

### **Capítulo III**

#### **PENA DE MORTE: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL..... 77**

*Bruna Souza*

*Hannah Abram*

*Júlia Curvelo*

1. Introdução .....	80
2. Sobre a pena de morte .....	81
2.1. Escorço histórico .....	81
2.2. Tratamento Jurídico Penal do sistema brasileiro ....	86
2.3. A pena de morte em outros ordenamentos jurídicos .....	90
2.3.1. Japão.....	90
2.3.2. Estados Unidos da América.....	92
3. Os princípios penais constitucionais brasileiros e a pena de morte.....	97

3.1. Humanização das Penas .....	97
3.2. Proporcionalidade .....	102
3.3. “In dubio pro reo” .....	111
4. O clamor público e as políticas criminais de combate à violência: sobre a (des)legitimação da pena de morte no Brasil .....	113
4.1. Projetos de endurecimento penal eo clamor público pelo retorno da pena de morte .....	113
4.2. Políticas criminais de endurecimento e a redução da violência.....	116
4.3. A pena de morte à luz do minimalismo penal como forma de concretização dos princípios penais constitucionais.....	121
5. Considerações finais .....	133
6. Referências .....	135

#### **Capítulo IV**

#### **DANOS MORAIS EM RESPONSABILIDADE CIVIL: ANÁLISE HERMENÊUTICA DEMONSTRATIVA DA CONFLUÊNCIA DA MORAL E DO DIREITO E DOS TOPOI JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS ATRELADOS AO DANO MORAL NO STJ ..... 139**

*Camila Vasconcelos Magalhães Andrade*

1. Introdução .....	142
2. Fundamentação teórica acerca do dano moral.....	144
2.1. Concepções do dano moral na doutrina brasileira e a impossibilidade de uma conceituação estática .....	144
2.2. Dano moral atrelado à responsabilidade civil e seu caráter ou finalidade .....	149
2.3 O <i>topos</i> jurídico da ressarcibilidade do dano moral alegado e a incidência dos princípios para o arbitramento do <i>quantum</i> indenizatório.....	153
3. Responsabilização civil do dano moral sob a pers- pectiva de Hart .....	158
3.1. Análises de <i>topoi</i> extrajurídicos sob a concepção de Hart .....	160

3.1.1. A racionalidade .....	162
3.1.2. O sofrimento .....	167
4. O dano moral no STJ .....	172
4.1. Critérios valorativos e reparação integral .....	174
4.2. O óbice da súmula 7 do STJ aos casos concretos em que figuram danos morais.....	179
5. Considerações finais .....	182
6. Referências .....	183

## **Capítulo V**

### **LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ..... 185**

*Maiana Guimarães de Sousa e Silva*

1. Introdução .....	188
2. Tripartição dos poderes.....	189
2.1 Esclarecimentos introdutórios.....	189
2.2. Construção dos conceitos .....	189
2.3. Desconstrução dos Conceitos.....	192
3. Ativismo judicial .....	195
3.1. Aspectos introdutórios .....	195
3.2. Judicialização x Ativismo Judicial.....	195
3.3. Ativismo Inovador x Relevador .....	199
4. Relação entre os poderes e o ativismo judicial .....	200
4.1. Crise de funcionalidade do Poder Legislativo ....	200
4.2. Risco do Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática.....	203
4.3. Limites ao Ativismo Judicial.....	205
5. Considerações finais .....	207

## **Capítulo VI**

### **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA ..... 211**

*Sara Oliveira de Souza*

1. Introdução .....	214
2. Origem da responsabilidade civil.....	215
3. Responsabilidade civil subjetiva.....	219



4. Responsabilidade civil objetiva .....	221
5. Principais distinções entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva .....	224
6. Exemplos de responsabilidade civil objetiva à luz do código civil de 2002 .....	225
7. Conclusão.....	227
8. Referências .....	228

## **Capítulo VII**

### **ANÁLISE DO CASO DA MÉDICA KATIA VARGAS, A LUZ DOS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E DO CLAMOR PÚBLICO .....231**

*Thais Figueredo Santos*

1. Situação Fática.....	233
1.1. Acusação .....	234
1.2. Defesa .....	235
2. Prisão Preventiva .....	237
2.1. Conceito .....	237
2.2. Pressupostos .....	238
2.3. Hipóteses de decretação.....	238
2.4. (Im)Possibilidade de aplicação ao caso concreto ...	239
3. Clamor Público .....	240
3.1. Conceito .....	240
3.2. Aplicação ao caso concreto.....	241
4. Considerações Finais .....	242

## **Capítulo VIII**

### **DEMOCRATIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA: A CONSTRUÇÃO DO FEDERALISMO EUROPEU A PARTIR DE UMA IDENTIDADE EUROPEIA CIDADÃ SOBRE OS ARES DO CONSTITUCIONALISMO .....243**

*Thais Rivera*

1. Introdução.....	246
2. Formação do estado federal europeu .....	248
2.1. Federalismo .....	248
2.2. Evolução histórica da união europeia.....	249

2.2.1. Tratado de Lisboa .....	251
2.3. Globalização e crise .....	252
3. Identidade europeia .....	254
3.1. Formação da identidade nacional no contexto do surgimento dos estados nacionais modernos e suas vicissitudes .....	254
3.2. Cidadania e participação como vias de construção da identidade europeia .....	257
3.2.1. Déficit democrático .....	260
4. (A construção de um) Estado Federal Europeu a partir da identidade europeia .....	263
4.1. Razões para a criação de uma federação europeia .....	263
4.2. Construção e necessidade de uma Identidade europeia cidadã.....	266
4.3. Democratização e constitucionalização da União Europeia .....	269
5. Considerações finais .....	273
6. Referências .....	276

# Capítulo I

## O Júri Popular como expressão (anti)democrática da Constituição Federal de 1988

**Ayala de Novais Magalhães**  
**Clara Caldas Marocchi**  
**Flávia Oliveira Sacramento Silva**  
**Priscila Lordello Baraúna Rodrigues**

Alunas da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
E-mails: ayala.nm@hotmail.com, claramarocci@hotmail.com,  
fauh\_trusty@hotmail.com, priucau\_vp@hotmail.com



# O Júri Popular como expressão (anti)democrática da Constituição Federal de 1988

**Resumo:** O presente trabalho destina-se ao esclarecimento acerca de aspectos no que concerne ao Tribunal do Júri, fundamentando-se em aspectos jurídicos, bem como a influência dos meios de comunicação sobre as decisões dos jurados. Para tanto, abordará inicialmente um contexto histórico, levando ao atual contexto e características de um Júri, perpassando pelos momentos de debate, os discursos dos advogados de defesa e promotores, culminando no questionamento da constitucionalidade do Tribunal do Júri.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Debate. Mídia. Juízes Leigos.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Tribunal do Júri: 2.1. Histórico; 2.2. Características do Tribunal do Júri — 3. Discurso, Manipulação Discursiva da Mídia e Direito Penal: 3.1. Sobre as Condições de Debate; 3.2. O Poder Discursivo da Imprensa — 4. A (in) constitucionalidade do Tribunal do Júri?: 4.1 A motivação das decisões judiciais como meio de concretização do ideal democrático — 5. Considerações Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia para escrever o artigo surgiu durante uma leitura da obra “A Paixão no Banco dos Réus: Casos Passionais Célebres” da autora Luiza Nagib Eluf. A partir do texto, questionamentos foram surgindo e inquietações quanto à veracidade da expressão democrática de um júri popular tomaram vida. Diante destes fatos, um grupo, onde todas as colaboradoras possuíam os mesmos questionamentos, foi formado.

Para construir o trabalho, autores como a já citada Luiza Nagib Eluf, os renomados Chaim Perelman e Guilherme Nucci, além dos juristas Paulo Rangel e Gabriel Chalita, foram usados como fonte de pesquisa para a posterior construção do presente artigo. Chalita foi de importante referência no que tange o discurso, a argumentação e a linguagem utilizada em um Tribunal do Júri. Já Nucci e Rangel, se mostraram de grande valor com relação ao histórico dos júris e suas características.

Com relação à influência dos meios de comunicação nas decisões dos jurados, o interesse do grupo surgiu a partir de diversos artigos sobre a mídia e os recentes casos do casal Nardoni e do goleiro Bruno. Casos estes, que, independente da opinião do grupo frente à condenação ou absolvição dos réus, se mostraram desconstituídos de provas concretas, mas totalmente influenciados pelos emotivos discursos dos meios de comunicação. Neste sentido, estes discursos, conseqüentemente, influenciaram toda uma população leiga em aspectos jurídicos. População esta que forma a banca de jurados em um júri popular.

Questiona-se desta forma, que expressão democrática é esta que compõe os Tribunais do Júri, afinal

discursos televisivos e midiáticos podem influenciar os veredictos de uma sessão.

## 2. TRIBUNAL DO JÚRI

Segundo Gabriel Chalita, “o Tribunal do Júri é um palco por definição.”<sup>1</sup>, pois é capaz de provocar as mais distintas e opostas paixões naqueles atores que compõe o tribunal e também naqueles que estão de fora, acompanhando via imprensa. Além disso, o Tribunal do Júri deve ser um espaço democrático, contando, portanto, com a participação popular.

Sendo “[...] dito democrático, não se pode apenas considerar o consenso alcançado pela comunidade de comunicação, mas sim, principalmente, o compromisso com os afetados, os excluídos sociais”<sup>2</sup>. No entanto, Paulo Rangel afirma que os jurados ao julgarem, estão defendendo aquilo que melhor beneficiaria a sua camada social e, que por conta disso, condena e encarcera indivíduos, excluindo-os socialmente (RANGEL, 2009, p. 96).

Para Luiza Nagib Eluf, o objetivo da instituição do júri é julgar a partir de membros de uma sociedade, não a partir de juízes concursados, ou aos pares como a própria autora afirmava, aqueles que eram acusados da prática de um crime<sup>3</sup>. Segundo Antônio Cláudio Mariz de Oliveira:

1. CHALITA, Gabriel. *A Sedução no Discurso: O poder da Linguagem nos Tribunais de Júri*. Prefácio de Nelson Nery Jr. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 143.
2. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. ed. revista, ampliada e atualizada à luz das Leis 11.689/08 e lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.60.
3. ELUF, Luiza Nagib, 2003, p.141.

“O homicídio é um crime de ímpeto. Ele, muitas vezes, é praticado no calor de uma específica situação de vida, por isso, é importante que todas as circunstâncias que o rodeiam sejam levadas a julgamento, para que se avalie a conduta do homicida naquelas circunstâncias. E ninguém melhor do que seus pares, isto é, as mulheres e os homens do cotidiano.” (Antônio Cláudio Mariz de Oliveira — entrevista concedida a Folha de SP de 02 de setembro de 1996, p. 141).

De outro lado, Paulo Rangel cita Canotilho, que afirma:

“A participação popular no tribunal do júri é fruto do princípio democrático que implica, necessariamente, a democracia participativa onde cidadãos aprendem a democracia participando dos processos de decisão do poder (jurisdicional) estatal sem perder o senso crítico nas divergências de opiniões dentro do grupo heterogêneo que deve ser o conselho de sentença” (RANGEL, 2009, p.16).

Questiona-se, entretanto, se esta democracia exercida por jurados leigos, desprovidos de conhecimento jurídico, não fere princípios constitucionais. Além disso, também entra em debate até que ponto o júri é imparcial e não condena o acusado com base em apelos emotivos midiáticos e discursos teatrais.

Guilherme Nucci afirma que “No tribunal do Júri, a sustentação aos jurados de teses divorciadas das provas existentes dos autos redundará na fatal condenação ao réu”. A partir disso ele questiona “Como poderiam os juízes leigos suprir a deficiência da defesa, absolvendo o acusado [...]”. Por fim, responde que “Jamais haveria tal condição, a menos que o órgão



acusatório interferisse e pedisse, ele próprio, a absolvição, o que não é seu dever, mormente se não for a sua convicção”<sup>4</sup>.

Em sintonia com Nucci, Luiza Nagib Eluf assegura que a “[...] parte técnica da sentença não pode ser avaliada por leigos”. Mesmo sendo uma forma democrática de julgamento, existem diversas dificuldades e também os júris têm maior custo do que um julgamento feito por um juiz de carreira. Neste sentido a autora afirma o mais lógico é que os jurados decidam sobre a culpabilidade do réu e as questões jurídicas fiquem sob a responsabilidade do juiz<sup>5</sup>.

## 2.1. Histórico

É inegável que tudo que diz respeito à vida tem um início, um meio, mas nem sempre um fim, já que fatos podem estar ainda em andamento. Este processo trata-se da história de um determinado assunto. Tudo na vida tem uma história e, com o Tribunal do Júri não é diferente.

São muitos os estudiosos do Direito que apontam o surgimento do Tribunal do Júri na Inglaterra, em algo que se denominava “juízo de Deus”, quando este foi incluído pelo Concílio de Latrão em 1215<sup>6</sup>. Após este ano, Paulo Rangel afirma:

“[...] com a edição da Magna Carta do rei João sem terra, o Júri se espalhou pela Europa, primeiro para

4. NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2012, p. 29.

5. ELUF, Luiza Nagib, 2003, p. 42.

6. CHALITA, Gabriel, 2002, p. 134.

a França em 1791 e depois para outros países, como Espanha, Suíça, Suécia, România, Grécia, Rússia e Portugal e também para os EUA, ganhando feições mais modernas, sendo que cada país adotou um modelo de júri” (RANGEL, 2009, p.44).

É importante salientar que além dos Tribunais do Júri, existem também os Tribunais Populares, e que para Paulo Rangel eles se diferenciam. Para Guilherme Nucci, fato que se confirma por Luiza Nagib Eluf, «O tribunal do Júri é soberano (outro princípio constitucional da instituição). Suas decisões não devem ser revistas, quanto ao mérito, por tribunais togados. Por isso, é crucial que a defesa seja plena»<sup>7</sup>.

Os tribunais populares, diferente do que muitos pensam, não nascem, propriamente dito, na Inglaterra, pois já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Citando Rogério Lauria Tucci, Paulo Rangel assegura:

“há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na Lei Mosaica, nos dikastas, na hiliaia (Tribunal dito popular) ou no areópago gregos; nos centeine comites, dos primitivos germanos; ou, ainda, em solo britânico, de onde passou para os EUA e, depois, de ambos para os continentes europeus e americanos”. (RANGEL, 2009, p. 41)

## 2.2. Características do Tribunal do Júri

“A instituição do júri popular tem adeptos e opositores. Há quem defenda a sua extinção, assim como

---

7. NUCCI, Guilherme de Souza. 2012, p. 31.

há aqueles que pregam sua permanência”<sup>8</sup>. No Brasil, por exemplo, a instauração de um júri só ocorre para casos de crimes dolosos contra a vida. De outro lado, nos Estados Unidos sua instauração se dá em quase todos os processos jurídicos, situação que envolve tanto as áreas cíveis como penais (ELUF, p.42).

Luiza Nagib Eluf afirma que para “[...] instalação do julgamento pelo júri, são necessários 25 jurados que serão sorteadas dentre os alistados, sete dos quais constituirão o Conselho de Sentença”<sup>9</sup>. Este conselho, todavia, é dotado de alguns impedimentos que estão previstos nos artigos 448 a 451 do CPP (Código de Processo Penal). Formado o Conselho de Sentença, segundo está expresso no art. 472 do CPP, o presidente e todos aqueles que estiverem presentes no Tribunal do Júri, levantarão, e os jurados farão uma exortação.

Iniciado os trabalhos e narrados os fatos que motivaram o crime, convocam-se as testemunhas, que não precisam fazer juramento sobre a Bíblia (ELUF, p.152). Ao final dos depoimentos das testemunhas, do interrogatório do réu, do discurso dos advogados e dos promotores, os jurados se reúnem isolados numa sala e tomam uma decisão quanto à resolução do caso. Estas “[...] decisões não precisam ser consensuais, acatando-se a vontade da maioria”<sup>10</sup>. Neste sentido, a maioria pode ser representada apenas por quatro dos jurados, sendo que se eles votarem pela mesma decisão, os outros três não precisam

---

8. ELUF, Luiza Nagib. *A Paixão no Banco dos Réus: Casos Passionais Célebres — de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42.

9. ELUF, Luiza Nagib, 2003, p.147.

10.ELUF, Luiza Nagib, 2003, p.152.

mais expor suas opiniões. Isto se deve com o intuito de protegê-los de uma possível retaliação feita por uma das partes, caso seus votos fossem unânimes e contrários a essa parte.

Assim como Guilherme Nucci, Luiza Nagib Eluf afirma que a “[...] decisão do Júri é soberana. Isto significa que os tribunais de Justiça, que tem competência para modificar as decisões tomadas pelos juízes togados de primeira instância, não podem alterar o veredicto proferido pelo Conselho de Sentença”<sup>11</sup>. Os tribunais superiores podem apenas “[...] corrigir erros relativos à aplicação da pena ou retificar a sentença se estiver divorciada da decisão dos jurados ou for contrária a Lei expressa, mas com relação ao mérito, a decisão do júri não pode ser modificada”<sup>12</sup>:

“O que se faz é anular o julgamento, para que outro se realize, em caso de a decisão do jurado contrariar manifestamente a prova que consta dos atos. Assim, advogados e promotores de justiça, inconformados com a condenação ou a absolvição do réu, ao interpor recurso de sentença do Júri, devem pedir a anulação do julgamento e a realização de outro. As partes não podem pleitear, em seus recursos, absolvição do réu condenado pelo Júri ou, de maneira oposta, a condenação de réu absolvido, porque somente outro Tribunal do Júri poderá modificar a decisão proferida pelo anterior. Esta é a essência da soberania do Júri Popular.” (ELUF, p.153).

Tendo os jurados tomado uma decisão quanto a absolvição ou condenação do réu, o juiz responsável

---

11. ELUF, Luiza Nagib, 2003 p.152.

12. ELUF, Luiza Nagib, 2003 p.153.

em conduzir o caso entra em ação. Diante dos fatos, o juiz dosa a pena. Assim a sessão se encerra.

### **3. DISCURSO, MANIPULAÇÃO DISCURSIVA DA MÍDIA E DIREITO PENAL**

Existem dois meios de obter a adesão dos indivíduos diante de uma tese. Ela pode ser obtida através da exposição de provas meramente lógicas ou através da argumentação.

Segundo o filósofo do Direito Chaïm Perelman, o objetivo de toda argumentação é “provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento”<sup>13</sup>. Tendo em vista que todo discurso é produto da intencionalidade de seu emissor — esteja esta intencionalidade presente de forma explícita ou implícita — de convencer seus ouvintes, é evidente que a argumentação está presente em todas as formas de comunicação entre seres. Ainda segundo o referido autor, “o mínimo indispensável à argumentação parece ser a existência de uma linguagem em comum, uma técnica que possibilite a comunicação”<sup>14</sup>. Onde há comunicação, portanto, o terreno é fértil para a argumentação, obtenção do convencimento.

Em uma de suas obras, o jurista Paulo Rangel preleciona sobre a necessidade de comunicação dos seres humanos assim que chegam ao mundo. Para ele, o ser humano sai “da esfera dos objetos e entra,

---

13. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 50.

14. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

obrigatoriamente, no mundo simbólico da linguagem, onde tudo agora passa a ter um nome, inclusive ele próprio.” (RANGEL, 2009). Neste sentido, é a linguagem que torna o indivíduo um ser individual, social e cultural<sup>15</sup>.

Em um auditório, quando a linguagem é utilizada, aquele que está discursando leva em consideração o outro (quem o escuta) como ser excluído socialmente<sup>16</sup>. Segundo Rangel, “em Heidegger, o fundamento ontológico-existencial da linguagem é o discurso” (RANGEL, 2009). Diante da linguagem, portanto, em um Tribunal do Júri, advogados e promotores buscam alcançar não somente aqueles que atores que estão compondo a sessão, mas também a comunidade de comunicação.

### **3.1. Sobre as Condições de Debate**

Um dos grandes momentos em um Júri ocorre no debate entre advogados de defesa e promotoria. Gabriel Chalita, inclusive, concebe o Direito como “ciência da argumentação” (CHALITA, 2002).

Frente ao momento decisivo de um Tribunal do Júri, pode-se afirmar que a parte vencedora será aquela que obtiver o melhor poder de sedução com as palavras. Neste sentido, não basta apenas conhecer as leis e saber aplicar as normas. “O Direito deve ir além, para praticar Justiça.” (CHALITA, 2002).

Nos momentos de debate entre advogados e promotores tanto aspectos racionais quanto aspectos

---

15. RANGEL, Paulo, 2009, p. 4.

16. RANGEL, Paulo, 2009, p. 5.

emocionais cabem. No entanto, a sedução dos jurados em um Júri, se dá, majoritariamente, por conta de elementos emocionais. Além disso, este processo de sedução é um processo entre cúmplices:

“ao deixar-se seduzir, aquele que é seduzido recebe algo em troca; da mesma forma, ao sedutor parece estar implícito oferecer algo em troca da atenção daquele a quem seduz. A sedução é um processo emocional — não ocorre por vias do raciocínio puro, da demonstração. O discurso do sedutor não se fundamenta puramente em argumentos lógicos; ocorre a artifícios retóricos e visuais a fim de envolver e comover” (CHALITA, 2002, p. 16).

No Tribunal do Júri há uma permanente disputa, um permanente embate entre advogados e promotores. Vence aquele com as melhores provas dialéticas, como afirmava Aristóteles. Melhor, vence aquele com o melhor recurso de convencimento. “A Justiça é, então, refém do talento de cada indivíduo, porque o Direito, já sabemos, não é uma ciência exata”.<sup>17</sup>

### **3.2. O Poder Discursivo da Imprensa**

No atual contexto em que as sociedades ocidentais estão inseridas, onde a esmagadora maioria da população tem acesso à mídia impressa, televisiva ou digital, não se pode ignorar a influência que o conteúdo disponibilizado por esses meios de comunicação exerce nas opiniões e consequentes condutas adotadas pela população em geral. O que torna o quadro social complexo é o fato de a argumentação — como ferramenta para obtenção do convencimento, dos

---

17. CHALITA, Gabriel. 2002, p. 144.

receptores das “mensagens”, de alguma tese — não é explícita, como seria em um comício político, por exemplo, em que determinado candidato expõe suas propostas e pede, de forma direta, a adesão dos cidadãos as suas teses — adesão esta “oficializada” por meio do voto.

No caso do discurso midiático, a intenção do orador não é explícita. Os profissionais da imprensa são tidos como imparciais e independentes de qualquer trama política ou interesses econômicos. O jornalista, em geral, representaria a “entidade” que enxerga a sociedade ao mesmo tempo, de dentro para fora — pois ele conhece as problemáticas vividas pela população, falando a “mesma língua” que seus membros e “lutando”, através das denúncias realizadas, pelos mesmos interesses do “povo” — e de fora para dentro — quando não se deixa influenciar por interesses de quaisquer grupos isolados e enxerga os fatos sem os filtros das ideologias, preferências políticas ou influências religiosas inerentes a qualquer ser humano vivente em sociedade.

Como foi exposto, a imprensa tem vasto controle sobre a opinião pública, sendo os seus profissionais não apenas portadores da notícia, mas sim, formadores da opinião das massas, ditadores do senso comum.

### **3.3 Mídia e Direito Penal**

A mídia é quem leva a população ao conhecimento dos fatos. Num sistema democrático, ela se torna indispensável. O Brasil, por ter seu passado marcado por um regime ditatorial, em que a liberdade de expressão e, conseqüentemente a liberdade de impren-



sa foram mitigadas em prol de um controle político de toda e qualquer informação passada à população, se orgulha de garantir, desde o início da vigência da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão. Quem questiona a amplitude de tal direito e propõe que limites a ele sejam impostos, acaba por sofrer uma espécie de “censura social” por parte de uma população que não cobra, na prática, a maioria de seus direitos, mas que coloca a liberdade de expressão como intocável.

Em se tratando mais especificamente do universo do Direito, pode-se afirmar que é a mídia o elo entre a população e os fatos jurídicos. A população brasileira apresenta um gosto especial pelo Direito Penal, em detrimento dos demais ramos jurídicos. Nota-se no povo brasileiro, um certo fascínio pelo crime e por tudo que o circunda. Os jornais (televisivos, das rádios, impressos ou digitais) e as revistas são empresas, o produto que oferecem aos consumidores (espectadores ou leitores) é a notícia. De acordo com a lógica capitalista, as empresas ofertam aos consumidores o que estes procuram, não é de se espantar, portanto, que noticiar crimes — alimentando, assim, essa espécie de “fome” do brasileiro — seja interessante para a imprensa.

Quanto mais chocante for o crime — por seu suposto autor, pelos meios empregados por este, pela sua intenção e pela sua relação com a vítima —, portanto, mais a sociedade voltará suas atenções a ele. Os crimes de grande comoção popular convertem-se em verdadeiras “novelas” das quais os suspeitos, as vítimas e as testemunhas se tornam personagens. Os detalhes relevantes, sob o ponto de vista jurídico, do

delito não são necessariamente os mais discutidos, mas sim a vida, a personalidade e qualquer tipo de “curiosidade” a respeito dos envolvidos.

Nesses casos, os profissionais responsáveis por levar a população ao conhecimento dos fatos acumulam além dessa tarefa, as funções de “investigadores” e “assistentes de acusação”. A mídia não apenas informa. Ela investiga e interpreta os fatos antes de torná-los públicos. Com uma visão maniqueísta e superficial a respeito da criminalidade, a sociedade é “apresentada” ao crime e ao universo jurídico.

O que se percebe, na maioria dos casos, é que a mídia desenvolve um discurso condenatório. Os fatores prejudiciais ao réu são mostrados em destaque, enquanto que as teses da defesa são tratadas como de menor importância e, portanto, merecem ser menos divulgadas.

Ocorre — antes mesmo do julgamento “oficial” — um julgamento na esfera extra penal, onde a população, influenciada pela mídia, julga o réu sem que este tenha acesso a ampla defesa e a contraditório, por exemplo. A presunção de inocência, nesse “processo”, converte-se em “presunção de culpabilidade”.

#### **4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI?**

O Poder Constituinte, colocou o Júri no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, nas Constituições de 1891, 1946 e 1967, assim como na Constituição vigente, de 1988. Tal fator se dá graças a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ocorrida na França em 1789, que em sua primeira geração, tem o

intuito de resguardar a liberdade individual, conferindo ao Estado o direito de inação, fazendo-o ter poucas atribuições para com os cidadãos, o que ampliou o domínio da autonomia individual frente à ação estatal, segundo Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino.

O fundamento da instituição argüida é o julgamento entre pares, entre “iguais”, sendo esta, a maneira de exercer plenamente a cidadania de cada um. O julgamento exercido por juízes togados, na visão da maioria da doutrina, que é a favor da instituição discutida, muitas vezes é mecanizado, por força do alto conhecimento técnico e da imparcialidade, pressuposto ético para um julgamento justo. Como o Tribunal do Júri lida com questões envolvendo a vida e a liberdade de terceiros, entende-se que é apropriado o julgamento do réu por aqueles cidadãos que pertencem a um nível social semelhante ao dele. Um juiz togado, por exemplo, não tem a mesma vivência de um indivíduo que mora na favela. Desse modo, acha-se essencial que o Júri Popular seja composto por pessoas que partilham da mesma realidade social do acusado.

“A instituição do júri tem como objetivo fazer com que os autores desses crimes sejam julgados por seus pares, isto é, por membros da comunidade, e não por juízes de carreira como é a regra”.<sup>18</sup>

Entretanto, tal julgamento entre “pares” nem sempre se faz eficaz, uma vez que a maior parte das pessoas selecionadas para fazer parte do corpo de ju-

---

18. ELUF, Luiza Nagib. *A Paixão no Banco dos Réus: Casos Passionais Célebres — de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

rados pertence a classe média. Conforme afirma Aramis Nassif:

“Comumente, o jurado é arregimentado entre funcionários públicos, de escolas, autarquias, bancos, etc., formando uma massa representativa da classe média que, mesmo que em vias de proletarização haja vista estabelecida no círculo nuclear urbano, estáveis em seus empregos e profissões, sem uma aprofundada visão da sociedade periférica das cidades e do meio rural”.<sup>19</sup>

Analisa-se, desse modo, o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

Desse modo, argumenta-se que a inconstitucionalidade desta instituição se dá, dentre outros motivos que serão posteriormente expostos, por conta da não fundamentação das decisões. Aos jurados cabe apenas votar pela absolvição ou não do réu, não sendo explorados os motivos que o levaram a tomar tal decisão. Assim, perde-se muito acerca dos motivos que levaram os jurados a absolvição ou condenação. Sabe-se, porém, que os jurados não possuem conhecimento técnico nem a imparcialidade que os juízes togados têm e, em vista disto, suas alegações seriam baseadas mormente

---

19. BELLO, Giovanni Macedo. O julgamento pelos seus pares: uma análise ao perfil dos jurados atuantes nos julgamentos do Tribunal do Júri de Porto Alegre. *Âmbito Jurídico*, XIV, n. 91, Rio Grande, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10069&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10069&revista_caderno=3)>. Acesso em: 22 dez. 2012.

em argumentos de natureza sentimental, social, e até mesmo de política criminal, de acordo com Távora.<sup>20</sup>

Outro artigo que tange a temática abordada e estabelece a instituição supracitada é o seguinte:

“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados

- a) A plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) na soberania dos veredictos;
- d) na competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;” (art. 5º XXXVIII)”

As votações sigilosas e a não fundamentação, são embasadas na proteção da pessoa que exerce a função de jurado. Evita, inegavelmente, a retaliação de terceiros, principalmente da mídia, por ter opinião diversa da que levou o jurado a uma rara absolvição, por exemplo. De outro lado, a fundamentação das decisões tomadas, não requer a identificação de cada réu, sendo meramente a exposição dos motivos para que o voto “sim” ou “não” fosse dado. Como afirma Edneia Freitas Gomes Bisinotto:

“O sigilo nas votações visa resguardar a liberdade de convicção e opinião dos jurados, para uma justa e livre decisão, sem constrangimentos decorrentes da publicidade da votação. Trata-se de uma mínima exceção à regra geral da publicidade, disposta no

---

20. OLIVEIRA, Luíza Olandim Spinola Torres de. Inconstitucionalidade do Tribunal do Júri. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 30 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inconstitucionalidade-do-tribunal-do-juri,37267.html>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

artigo 93, IX, da CF, para prestigiar a imparcialidade e idoneidade do julgamento. A forma sigilosa ou secreta da votação decorre da necessidade de resguardar-se a independência dos Jurados no ato crucial do julgamento”<sup>21</sup>.

Há o entendimento minoritário da doutrina, que a ausência de conhecimento técnico por parte dos jurados, daria margem a injustiças. Uma vez que se desenvolveu ao longo dos anos todo um aparato legal para o embasamento das decisões dos juízes togados, ignorar o Direito quando o bem em questão é a liberdade de um indivíduo, traz consigo conseqüências demasiadamente gravosas.

“Os magistrados são formados para respeitar a lei, pois essa é a vontade do Legislativo, representativo do povo no Estado Democrático de Direito. O Tribunal do Júri é composto por 25 jurados e um juiz presidente. Das 25 pessoas leigas, extrai-se o conselho de sentença, que irá julgar o réu, composto por sete jurados. Esses sete podem ser totalmente ignorantes em leis, mas julgarão com sua consciência e senso de justiça. Porém, o Judiciário brasileiro calca-se em leis escritas. A contradição torna-se, pois, evidente: exige-se do juiz togado apego a disciplina em relação às leis escritas; liberta-se o jurado para decidir sem nenhum vínculo aos códigos”<sup>22</sup>.

Observa-se que, em tais julgamentos, ocorrem violações do que está previsto na própria Carta Magna.

- 
21. BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. *Origem, história, principiologia e competência do Tribunal do Júri*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3851](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3851)>. Acesso em: 22 dez. 2012.
22. NUCCI, Guilherme Souza. Júri decide sem vínculo a códigos. *Especial para Folha de São Paulo*, 23/03/2010.

Entende-se que o Júri Popular têm previsão constitucional, mas entra em conflito com diversas normas.

#### **4.1 A motivação das decisões judiciais como meio de concretização do ideal democrático**

Questiona-se, se o Poder Constituinte Originário mantém o Júri Popular sem modificação alguma pela crença de que, mantendo esta instituição o ideal democrático está sendo concretizado, ou se a mantém para uma espécie de política de Pão e Circo, como a realizada na Roma Antiga. Tal política, de dar ao povo o que o povo quer, traria grandes riscos a segurança jurídica, uma vez que o Direito lida com questões demasiadamente gravosas. A instituição discutida surgiu com a função de acabar com os julgamentos a portas fechadas, presentes durante muito tempo e que culminou em diversas injustiças, marcando a ditadura.

A noção de democracia, por sua vez, discutida desde os primórdios, apresenta vários conceitos, trazidos ao longo do tempo. Em síntese, um conceito simples trazido pelo Dicionário Aurélio:

“1- Governo do povo; soberania popular; democratismo. 2- Doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição eqüitativa do poder”<sup>23</sup>. Porém, um “governo do povo” não significa dar a ele o poder de decidir a liberdade de outro. Colocar o povo em um lugar no qual não tem competência nem conhecimento para tanto, só torna aparente e ilusória a concretização da justi-

---

23. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

ça, se concretizando assim, a antiga política do Pão e Circo. Nesta, é dado ao povo o que ele quer, e não o que é mais justo ou coerente. Se, com o acontecimento de uma barbárie que causa comoção nacional, o Judiciário julga o réu com uma pena não tão grande quanto a sociedade acha merecida, ou o réu tem todas as suas garantias constitucionais respeitadas, como, por exemplo, a liberdade provisória, princípios como *in dubio pro reo*, etc; a sociedade taxa a Justiça como lenta e ineficaz. Assim, dando ao povo o poder de julgar, este o utiliza como instrumento de vingança — conceituação que demorou a ser vencida — e não observa, uma vez que desconhece as garantias e princípios que cerceiam qualquer julgamento.

Deste modo, cria-se uma falsa soberania popular, uma vez que é dado ao povo o que ele quer, e não o que ele de fato precisa. Deixando os crimes dolosos contra a vida na responsabilidade de jurados leigos, tem-se a satisfação do povo, somada com a ilusão de justiça e a infelicidade dos que são julgados por aqueles que não têm embasamento teórico, nem compromisso com a imparcialidade.

#### **4.2. A Manipulação dos Jurados ante o Ideal Democrático: Incongruências**

O tribunal do Júri surgiu como Lei em 1822 e virou no império de 1824, julgando questões penais e cíveis. A Carta Magna atual tornou-o intangível ao elevá-lo à condição de cláusula pétrea (constitucional). Diante disso, o Tribunal do Júri acoplou os princípios da plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida na constituição de 1988.



O art. 50, §4º, IV, da Constituição Federal brasileira de 1988, diz que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. As garantias individuais são cláusulas pétreas e as cláusulas pétreas fazem parte de um dos limites de emenda constitucional, os limites materiais. As cláusulas pétreas são definidas no parágrafo 4º do art. 60 onde incluem os direitos individuais, a separação dos poderes etc.

Há um grande discurso sobre as cláusulas pétreas e a limitação da democracia como também sobre o que classificar como cláusula pétrea. Há doutrinadores que estruturam suas ideias a partir do entendimento de que as cláusulas pétreas se encontram apenas no início da Constituição, e existem outros (a maioria) em que qualquer direito fundamental é resguardado de emendas, independente de sua localização. Porém, a maior discussão gira em torno da limitação da democracia.

A partir desta discussão utiliza-se o fenômeno dos inconstitucionalistas, doutrinadores que se baseiam na Constituição para fundamentar as suas ideias. O artigo 1º da Carta Magna atribui o poder ao povo, sendo assim o povo gerador do poder estatal, possui exercício do poder e como os inconstitucionalistas dizem, o povo é o único titular do poder. Dessa forma, o povo pode manifestar-se a respeito das emendas à Constituição.

#### **4.3. Normas Constitucionais ou Inconstitucionais? Uma Análise Crítica da Participação de Jurados Leigos em um Júri Popular**

Outro questionamento que pode ser feito sobre o tribunal do júri é o seu próprio objetivo: permitir o

povo julgar. Para isto os jurados, afim de que não haja distorções, teriam que ser imparciais, como os juízes togados são ou devem ser, como preleciona o código de ética do magistrado. Neste sentido, eles deveriam ser imparciais, pois ideias pré-concebidas são capazes de prejudicar o julgamento. Entretanto não é isso que ocorre em um júri. Os jurados não possuem nenhuma bagagem doutrinária, sofrem muita influência da mídia, como já foi dito, e não julgam como deve ser, analisando o crime pelo ponto de vista social.

O despreparo técnico dos jurados, inquestionavelmente, atinge a justiça que não será feita. Claramente, conhecimento técnico não implica em uma condenação justa, podemos observar as decisões erronias tomadas por juízes, porém o conhecimento técnico que o magistrado dispõe, implica na interpretação dos aspectos formais do crime diante de si.

Sem dúvidas a falta de preparo dos jurados é o argumento mais pesado a favor da extinção do tribunal do júri. Como já mencionado anteriormente, de forma objetiva, sem nenhum aprofundamento, os jurados leigos nem sempre são aptos a julgar, não possuem conhecimento jurídico, ou técnico, necessários. Sendo assim, questiona-se como a sociedade pode exigir que os leigos votem de forma correta, se os próprios juízes que possuem conhecimento técnico erram.

O julgamento ocorre sem qualquer fundamento, partindo apenas dos pré-conceitos, das influências internas e externas, do que cada um acha certo e errado, sem nenhuma análise técnica do crime, sem nenhum preparo ou imparcialidade, tornando os júris totalmente vulneráveis às pressões e influências de toda

a mídia e sociedade. Na maioria dos casos se quer as teses e antíteses são ouvidas ou levadas em conta.

É absurdo deixar que homens leigos julguem os crimes mais graves. Em sua criação o tribunal do júri resolvia problemas pequenos, emocionais e de baixa periculosidade, não crimes de alta periculosidade, que necessitam de uma análise mais técnica para minimizar as injustiças.

Outro grande problema encontrado no tribunal do júri é a duração dos casos. No art. 424, parágrafo único do CPP, fica determinado o tempo máximo para duração de um julgamento, que é de um ano, sob pena de desaforamento (ato de tirar o processo de um foro e colocá-lo em outro), fato o que nunca ocorre. Desaforamento.

O tribunal do Júri é uma instituição tão ultrapassada que já não existe em muitos países. Na América do Sul, além do Brasil, só existe na Colômbia. A verdade é que o Júri tem comportamento inadequado para os tempos modernos. Surgiu em uma época em que o magistrado era submisso à vontade dos monarcas absolutistas. Hoje, todos os poderes se regulam e controlam uns aos outros, não sendo necessário mais que esta instituição se faça presente nos dias atuais.

No entanto, “qualquer discussão a respeito da exclusão do Tribunal do Júri só poderá se dar numa nova constituinte que promulgue originariamente nova constituição”<sup>24</sup>, como disse Roberto Bartolomei Parentoni em seu artigo sobre tribunal do Júri.

---

24. PARENTONI, Roberto Bartolomei. *Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imprensa brasileira é detentora de um poder de fato que não é acompanhado por um compromisso com valores éticos. Suas ações estão dissociadas de uma noção relativa à responsabilidade que é formar a opinião da maioria da população. Fomentar nas massas, opiniões antijurídicas através das quais elas mais se assemelham a sociedades primitivas, onde vingança era sinônimo de Direito, não é compatível com a função daqueles que devem ser a voz da sociedade, o elo entre ela e as instâncias de poder. O conflito nascente desse processo de manipulação da opinião pública contra réus em casos de grande comoção pública está latente. Cada vez mais, os interesses dessa sociedade “dominada” pela mídia caminham no sentido oposto aos interesses jurídicos.

Assegurar a completa e irrestrita liberdade de imprensa, no Brasil, coloca em risco o direito dos réus que são tão importantes quanto o direito a liberdade de imprensa. Não se pode esquecer que o suspeito/réu é tão cidadão quanto os demais membros da sociedade e, como tal, possui seus direitos, que devem ser respeitados.

Através deste artigo, pôde-se identificar como os meios de comunicação são capazes de influenciar os seres humanos, os cidadãos ou os jurados de um júri. Por serem, na maioria, desprovidos de conhecimentos jurídicos, estes jurados podem acabar sendo influenciados e, tendo opiniões equivocadas ou exageradas quanto a um réu, colocando um lado emocional na hora do julgamento.

Diante destes fatos, os tribunais do júri se mostram ultrapassados e muitas vezes injustos. O grupo, portanto, devido a atual condição de julgamento do júri popular (por juízes leigos e com uma mídia sensacionalista e formadora de opiniões a seu favor), é contrário aos tribunais do júri.

## 6. REFERÊNCIAS

- BELLO, Giovanni Macedo. O julgamento pelos seus pares: uma análise ao perfil dos jurados atuantes nos julgamentos do Tribunal do Júri de Porto Alegre. *Âmbito Jurídico*, XIV, n. 91, Rio Grande, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10069&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10069&revista_caderno=3)>. Acesso em: 22 dez. 2012.
- BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competência do Tribunal do Júri. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3851](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3851)>. Acesso em: 22 dez. 2012.
- BRASIL. *Código de Processo Penal Brasileiro (1941)*. República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 dez. 2012.
- CHALITA, Gabriel. *A Sedução no Discurso: O poder da Linguagem nos Tribunais de Júri*. Prefácio de Nelson Nery Jr. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- ELUF, Luiza Nagib. *A Paixão no Banco dos Réus: Casos Passionais Célebres — de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Júri decide sem vínculo a códigos. *Especial para Folha de São Paulo*, 23/03/2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Luíza Olandim Spínola Torres de. Inconstitucionalidade do Tribunal do Júri. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 30 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inconstitucionalidade-do-tribunal-do-juri,37267.html>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. *Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. ed. revista, ampliada e atualizada à luz das Leis 11.689/08 e lei 11.900/09: Videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

## Capítulo II

Morte Digna: até onde  
o Direito pode intervir  
na vida do ser humano

**Bianca Costa Ramos**  
**Priscila Lordello Baraúna Rodrigues**  
**Priscilla Machado Melo Sapucaia da Silva**

Alunas da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
E-mails: [bia\\_costa\\_ramos@hotmail.com](mailto:bia_costa_ramos@hotmail.com), [priucau\\_vp@hotmail.com](mailto:priucau_vp@hotmail.com),  
[priscilla.machado94@hotmail.com](mailto:priscilla.machado94@hotmail.com)





# Morte Digna: até onde o Direito pode intervir na vida do ser humano

**Resumo:** O presente trabalho destina-se ao esclarecimento acerca de aspectos no que concerne uma morte digna, fundamentando-se nas distinções conceituais existentes, bem como trazendo aspectos jurídicos ao seu embasamento. Para tanto, abordará inicialmente um contexto histórico, levando ao atual entendimento da eutanásia e seus derivados, perpassando seus fundamentos pela ordem jurídica, culminando numa análise crítica desta situação, apontando os aspectos positivos e negativos existentes na eutanásia. Terá o amparo doutrinário em obras de Dworkin e Luciano de Freitas Santoro, por exemplo, e na própria norma, baseando-se também na própria Constituição Federal Brasileira e os Direitos Fundamentais nela presentes, e, principalmente, no Código Penal, visto que a prática da eutanásia é tida como homicídio. Será avaliado no seguinte artigo, que há um elemento muito subjetivo no que diz respeito ao ato da eutanásia: a compaixão pelo enfermo, devendo estar presente o viés humanístico do agente ao praticar a ação. Observa-se também a influencia da norma brasileira no tocante à vida humana, fazendo uma reflexão crítica sobre a possibilidade de o Direito influenciar as escolhas dos seres, restringindo a autonomia da vontade do paciente —

primordialmente, o paciente terminal — e trazendo a tona o direito a uma morte digna.

**Palavras-chave:** Eutanásia. Morte digna. Direitos fundamentais. Autonomia.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Eutanásia: 2.1. Distribuições conceituais necessárias; 2.1.1. Eutanásia Ativa x Eutanásia Passiva x Duplo-Efeito; 2.1.2. Distinções quanto ao consentimento do enfermo; 2.1.3. Ortotanásia; 2.1.4. Distanásia; 2.1.5. Mistanásia; 2.1.6. Suicídio Assistido — 3. Regramento jurídico-penal no Brasil: 3.1. Tratamento no Código Penal brasileiro; 3.2. Tratamento no anteprojeto da reforma do Código Penal; 3.3. Tratamento pelo Conselho Federal de Medicina — 4. Eutanásia em debate: uma reflexão crítica: 4.1. Argumentos favoráveis; 4.2. Argumentos contrários — 5. Considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

Há, na hodiernidade, situações de colisão de princípios que não são de fácil resolução. Uma delas traduz o conflito existente entre o direito à vida (neste caso, a vida do paciente, mesmo que esta seja mantida a base de medicamentos e procedimentos terapêuticos) e o direito à liberdade (por esta se entende a liberdade de autodeterminação sobre o próprio corpo, questionando a possível decisão do enfermo de não se submeter a tratamentos invasivos e desumanos). Nesse sentido, questiona-se ainda o fato de, se há o direito a uma vida digna, por que não existir também o direito a uma morte digna?!

A democracia é o único regime político que tem capacidade para resguardar os direitos fundamentais,

incluindo a dignidade da pessoa humana. Baseando-se nos fundamentos deste direito, pode-se trazer o pensamento kantiano no que diz respeito a sua distinção entre coisas e pessoas. Segundo o filósofo o ser humano é singular pelo fato de ser racional, dotado de liberdade e autonomia, sendo assim o único capaz de decidir e estabelecer normas para si mesmo. Acerca da liberdade, “é na liberdade que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal” (DA SILVA, 2008, p. 234) e, com isto, o tema do ‘testamento vital’ é trazido à tona, no sentido de que é este documento que vai trazer a liberdade de escolha do paciente perante o seu destino — decidir interromper ou não os tratamentos terapêuticos oferecidos nos hospitais.

Em consequência, pode-se dizer então que a eutanásia não é tão maléfica quanto parece ser, pois ela traduz, em seu atual entendimento, a necessidade de haver compaixão, piedade por parte do agente ao cometer o ato, ultrapassando as barreiras de um simples homicídio privilegiado, como hoje é considerada pelo Código Penal brasileiro. Neste tocante, deve-se considerar também a promoção da saúde do paciente, com o seu completo bem estar (físico, psíquico, social e espiritual), e não tão somente a manutenção da vida.

## 2. EUTANÁSIA

Ao falar sobre um assunto complexo como a eutanásia, é necessário que se busquem mais a fundo conceitos que possam defini-la. Depreende-se da etimologia da palavra que o termo “eutanásia” corresponde ao vocábulo grego, equivalente a “boa morte” ou “morte sem dor, tranquila, sem sofrimento”, deri-

vando do radical grego *eu*, que pode significar “bem”, “bom” e *thanatos*, “morte”<sup>1</sup>. Portanto, segundo a sua concepção original, a palavra eutanásia significaria morte sem sofrimento; compreende-se também que a eutanásia não visaria à morte, mas sim deixar que esta ocorresse da forma menos dolorosa possível, fazendo cessar os sofrimentos da pessoa doente.

A eutanásia pode ser concebida a partir de dois ângulos diferentes: o primeiro é o que a considera sempre como sinônimo de homicídio ou de suicídio — tal visão, distanciada da compreensão dos direitos humanos e dos princípios da bioética, baseia-se na interpretação que concebe o direito à vida como absoluto e, como consequência, entende que toda e qualquer forma de supressão da vida humana por terceiro configura ofensa ao bem jurídico vida; a segunda compreensão de eutanásia é aquela pautada no respeito ao direito à morte digna e que compreende fundamentalmente a discussão da ortotanásia, mas também da distanásia e da eutanásia em si (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 17-18).

Em relação ao primeiro ponto, tal entendimento remonta ao nazismo, visto que o Programa de Eutanásia Nazista (chamado de Aktion T4) tinha como fundamento a eliminação de pessoas com deficiências físicas, mentais, doentes incuráveis ou com idade avançada, denominados de “vida que não merecia

---

1. Conceito retirado do livro *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos* (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F.), fazendo referência ao livro *La Eutanásia: Estúdio Filosófico-Jurídico*, de Ana Maria Marcos Del Cano.

ser vivida” (“*Leben unwürdig zu leben*”), culminando na morte de milhares de pessoas.

Atualmente, porém, se tem falado de eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a; seria a morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão — esta abrange também outras realidades complexas como a de recém-nascidos com malformações congênicas e dos pacientes em estado vegetativo irreversível<sup>2</sup>. Vale ressaltar que nos casos em que a doença não se enquadra como incurável, não se pode atribuir à sua morte uma situação de eutanásia, qualificando-se então homicídio tipificado no art. 121 do Código Penal, pois não se pode considerar eutanásia quando a morte é dada por fins outros não humanísticos.

Compreende-se então a eutanásia como a “ajuda prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana” (ROXIN, C., 2008. p. 189), levando-se em consideração os aspectos de piedade e compaixão do agente para com o enfermo.

Ainda na concepção acerca da eutanásia, pode-se considerar que esta é ramificada, possuindo nomenclaturas derivadas que se relacionam a quem comete o ato.

---

2. Exemplos retirados do livro *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos* (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F.), fazendo referência ao livro *Manual de bioética geral*, org. Aquilino Polaino-Lorente.

## **2.1. Distribuições conceituais necessárias**

### **2.1.1. Eutanásia ativa x eutanásia passiva x duplo-efeito**

A atividade eutanásia pode ainda ser classificada, segundo as obras de Peter Singer<sup>3</sup> e Rachel Sztajn<sup>4</sup>, em eutanásia ativa e eutanásia passiva, sendo a primeira nomenclatura ainda passível da subdivisão em eutanásia ativa direta e eutanásia ativa indireta.

Por eutanásia ativa compreende-se o evento morte iniciado por uma ação do agente, enquanto na eutanásia passiva ocorre o oposto, ou seja, há uma omissão por parte do agente. A eutanásia ativa, também designada benemortásia ou sanicídio, é aquela que provoca a morte do paciente sem sofrimento — fins humanísticos — como, por exemplo, através de uso de injeção letal.

Na eutanásia ativa direta, procura-se o encurtamento da vida do paciente por meio de condutas positivas, ajudando-o a morrer. Já na eutanásia ativa indireta, não se busca a morte do paciente, mas sim aliviar a dor ou o sofrimento, com a utilização de fármacos que, no entanto, apresentam como efeito secundário certo ou necessário a abreviação da vida do paciente, é dizer, serão a causa do evento morte (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 71-72).

Em suma, a eutanásia ativa direta possui como efeito principal um ato negativo (morte) que tem por conse-

---

3. SINGER, P. *Ética Prática*. 2002.

4. SZTAJN, R. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*, 2002.

quência um ato positivo (alívio no sofrimento), enquanto ocorre o inverso na eutanásia ativa indireta, em que o efeito primário é positivo (alívio da dor), porém culmina num efeito negativo, que seria a morte do enfermo.

A eutanásia passiva encontra-se no âmbito de omissão por parte do agente, causando o resultado morte. Neste caso são suspensos os procedimentos necessários para benefício do paciente que garantiria a perpetuação da sobrevida, a exemplo de paliativos ordinários. Não se pode exigir do médico outra atitude, já que, em face do princípio ético da beneficência, deve-se fazer o bem ao seu paciente (SANTORO, L. F., 2010, p. 119). Tratam-se de situações em que não é mais possível romper o nexo entre a doença e a morte. Ocorre que para reduzir as dores do paciente, ministram-se a ele substâncias que, porém, criam um risco de morte/encurtamento da vida.

Há ainda o caso eutanásia de duplo-efeito<sup>5</sup>, a qual se caracteriza pela ação médica ao ministrar determinados tratamentos, que devido aos seus componentes de efeitos tóxicos ou agressivos, apesar de transmitirem um estado confortável ao paciente, acabam por acelerar sua morte. Como exemplo desta prática, podemos citar a ocorrência de um estado avançado de câncer, onde o paciente tende a sofrer muitas dores e o médico pretendendo aliviá-las, utiliza-se da aplicação de derivados da morfina, mas é provável que tal medicação também produza encurtamento de sua vida<sup>6</sup>. Um aspecto importante é que não tem como fi-

5. Conceito também elaborado por Rachel Sztajn.

6. Disponível em: <[http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/patricia\\_drt\\_20111.pdf](http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/patricia_drt_20111.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2012.

nalidade alcançar o óbito, mas proporcionar alívio ao sofrimento do paciente; difere da ortotanásia ao passo em que a eutanásia de duplo-efeito tem por consequência a morte, enquanto a outra parte do princípio em a morte do paciente é inevitável. Numa situação como essa, o óbito é visto como um efeito secundário do ato médico.

### **2.1.2. Distinções quanto ao consentimento do enfermo**

No tópico anterior foram explicitadas as nomenclaturas concernentes à eutanásia no que diz respeito à atitude do agente. Agora será explicado o ponto acerca da eutanásia no que diz respeito à manifestação vontade do paciente, sendo ela subdividida em eutanásia voluntária, eutanásia involuntária e eutanásia não voluntária, ainda seguindo a classificação dada por Rachel Sztajn<sup>7</sup> e Peter Singer<sup>8</sup>. O consentimento do paciente, quando exigido, deve ser livre e ele deve ser informado de sua realidade e condições, para que possa tomar sua decisão com consciência e responsabilidade; quando o indivíduo não responde por si mesmo, deve-se respeitar a vontade de seu representante legal (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 80).

A eutanásia voluntária ocorre quando o ato é praticado por consequência de um pedido do enfermo. Aqui, ressalta-se que o discernimento do enfermo encontra-se alterado em decorrência do grande sofrimento a que está exposto, portanto tal modalidade de eu-

---

7. SZTAJN, R. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*, 2002.

8. SINGER, P. *Ética Prática*, 2002.



tanásia é tão questionada. Com isto, pode-se abordar o testamento vital<sup>9</sup>, documento no qual os pacientes registram o tratamento que desejam receber quando a morte se aproxima.

A eutanásia involuntária, por sua vez, é aquela cuja morte é provocada sem anuência do paciente, podendo até ser quando a sua opinião é totalmente ignorada. Caracteriza a eutanásia involuntária como aquela em que o enfermo é capaz de consentir acerca da própria morte, mas não o faz, ou por não foi perguntado ou por escolher continuar vivendo. Genuínos casos de eutanásia involuntária são raros de acontecer, segundo Singer<sup>10</sup>.

Já a eutanásia não voluntária se dá quando o óbito ocorre sem que haja o consentimento do paciente no que diz respeito a sua própria morte, ou seja, ocorre a morte sem que seja manifestada a vontade do enfermo, observada a sua incapacidade para tal.

### **2.1.3. Ortotanásia**

Na ortotanásia o evento morte já está iniciado, sendo este então um resultado iminente. Nestes casos os procedimentos indicados e/ou extraordinários são suspensos, visto que o falecimento é inevitável.

Apesar de não se confundir com a eutanásia passiva, tais procedimentos se assemelham, na medida

9. *Revista Veja*, edição 2286, ano 45, n. 37, 12 set. 2012; especial 'O direito de escolher', p. 98.

10. SINGER, P. *Practical Ethics*. 2. ed. Cambridge, 1993, p. 175-217: "I shall regard euthanasia as involuntary when the person killed is capable of consenting to her own death, but does not do so, either because she is not asked, or because she is asked and chooses to go on living. [...] Genuine cases of involuntary euthanasia appear to be very rare".

em que ambos tratam de uma omissão, uma supressão na prestação ou na continuidade do tratamento. Divergem, contudo, no momento da conduta: o início do processo mortal. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva essa omissão é que será a causa do resultado, daí a primordial diferença (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 61).

A ortotanásia é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade (SANTORO, L. F., 2010, p. 133).

No âmbito médico-legal, a ortotanásia é considerada atitude lícita pelos médicos, de modo que no Brasil foi publicada, em 2006, a Resolução Nº 1.805, do Conselho Federal de Medicina. Segundo o art 1º deste documento:

“é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal:

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação;

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário;

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.”

Vale ressaltar que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal, segundo a própria resolução.

Tal dispositivo ainda complementado pelo art 2º que estabelece “o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”, resguardando a dignidade do paciente, respaldado no direito fundamental trazido na Constituição Federal de 1988 acerca da dignidade da pessoa humana.

Há certos requisitos para que ocorra a ortotanásia<sup>11</sup>:

- a) a vida do paciente deve estar em perigo, sendo a morte iminente e inevitável;
- b) existência do consentimento do paciente ou de seus familiares, na supressão ou interrupção do tratamento e na sua conversão em cuidados paliativos, propiciando um completo estado de bem-estar;
- c) atuação do médico e demais profissionais da saúde sempre visando o bem do paciente, razão pela qual não poderá deixar de ampará-lo, prestando-lhes os cuidados paliativos.

Segundo a etimologia da palavra, pode-se dizer que a ortotanásia é um meio termo encontrado pelos médicos que não denigre o paciente, nem encurta a vida do mesmo, sendo esta uma morte correta (em grego, “orthos” significa correto, e “thanatos” corresponde à morte).

---

11. LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 69.

Em âmbito mundial, a ortotanásia também já é uma atitude permitida aos médicos vez que a *World Medical Association Declaration on Terminal Illness* (Declaração de Veneza Sobre o Paciente Terminal — adotada pela 35ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial) trouxe em seu art 3º que:

“o médico pode aliviar o sofrimento de um paciente terminal com a suspensão do tratamento, com o consentimento do paciente ou da sua família, quando o mesmo não estiver em condições de fazê-lo. Suspende o tratamento não significa retirar do médico o dever de assistir o enfermo e dá-lo todo o medicamento necessário para mitigar a sua fase terminal”<sup>12</sup>.

#### **2.1.4. Distanásia**

A distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica, tem como característica fundamental a adoção de medidas excessivas que não têm por fim a cura do paciente, mas sim apenas mantê-lo vivo por mais tempo. Atualmente é compreendida como manutenção da vida por meio de tratamentos desproporcionais, levando a um processo de morrer prolongado e com sofrimento físico ou psicológico, isto é, de um aprofundamento das características que tornam, de

---

12. “World Medical Association Declaration on Terminal Illness, adopted by the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983: 3. This principle does not preclude application of the following rules: 3.1. The physician may relieve suffering of a terminally ill patient by withholding treatment with the consent of the patient or his immediate family if unable to express his will. Withholding of treatment does not free the physician from his obligation to assist the dying person and give him the necessary medicaments to mitigate the terminal phase of his illness”. Disponível em: <<http://www.unav.es/cdb/ammvenecia2.html>>. Acesso em: 25 out. 2012.

fato, a morte uma espécie de hipermorte<sup>13</sup>. Em outras palavras, é um tratamento que não visa uma melhora do enfermo, mas tem por fim o sofrimento e uma prolongação da vida do paciente.

Não há finalidade em submeter o paciente a um prolongamento da vida diante da iminência e inevitabilidade da morte, fundamentalmente porque o meio utilizado não se mostra adequado, porquanto impõe tratamento desumano e degradante e, conseqüentemente, contrário à dignidade do paciente<sup>14</sup>. Em situações em que o paciente encontra-se em estado vegetativo, por exemplo, não se justifica intervir com medicamentos e tratamentos terapêuticos apenas para prolongar a vida, pois o que a medicina deve buscar não é um tratamento meramente vitalício — como se pode inferir do Código de Deontologia Médica de 1931, não mais em vigor, que diz “um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida”<sup>15</sup> — mas sim o resguardo da dignidade da pessoa humana durante os tratamentos.

Pode-se dizer que a distanásia não é um procedimento favorável ao paciente, que há no tratamento um sofrimento por parte do doente, não havendo

13. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_text&pid=S0102-311X2005000100013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_text&pid=S0102-311X2005000100013)>. Acesso em: 15 out. 2012.

14. Conceito retirado do livro *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos* (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F.), fazendo referência ao livro *Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal*, de Luciano de Freitas Santoro.

15. Art 16, Código de Deontologia Médica de 1931: “O médico não aconselhará nem praticará, em caso algum, a eutanásia; porque um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida. Entretanto, ao profissional assiste o direito, que é também dever, de aliviar os que sofrem; mas esse alívio não pode ser levado ao extremo de dar a morte por piedade”.

também uma perspectiva de, no mínimo, melhora. Neste sentido, deve-se lembrar que é dever do médico zelar pelo bem-estar dos seus pacientes, bem como a Constituição Federal de 1988 traz, no seu art. 1º, inciso III<sup>16</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e ainda estabelece no art. 5º, inciso III<sup>17</sup> que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, portanto não é um procedimento cabível de aplicação ao ser humano, pois vai de encontro aos fundamentos da Constituição, bem como aos preceitos éticos do médico.

### **2.1.5. Mistanásia**

A mistanásia, também conhecida como eutanásia social, é aquela morte provocada no que se considera “antes do tempo” (LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F., 2012, p. 66), decorrente de motivos políticos, sociais, econômicos, científicos ou sociopolíticos, pois não se restringem aos pacientes terminais, porém atingem aqueles doentes em qualquer período da vida.

---

16. Retirado do título I: dos princípios fundamentais, da Constituição Federal de 1988: “art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III — a dignidade pessoa humana”.

17. Retirado do título II: dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I: dos direitos e deveres individuais, da Constituição Federal de 1988: “art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Como exemplo tem-se os pacientes que são meras vítimas de erro médico — por imperícia, negligência ou imprudência — ou até mesmo aqueles portadores de necessidades especiais que não conseguem o atendimento necessário (muitas vezes decorrente de falta de recursos da pessoa e/ou do próprio local de atendimento), destacando-se ainda os casos de má prática médica, devido ao uso da medicina sem atenção aos direitos humanos, prejudicando direta ou indiretamente o paciente, ao ponto de menosprezar sua dignidade e provocar-lhe uma morte dolorosa e/ou precoce (NAMBA, E. T., 2009, p.174-175).

Destaca-se pela ausência ou a precariedade de serviços de atendimento médico ocasionando a morte de várias pessoas portadoras de deficiências físicas, mentais ou com doenças que poderiam ser tratadas, mas que falecem antes do tempo em razão da vivência em situação de dor e sofrimento que, em princípio, seriam evitáveis se houvesse um atendimento de saúde eficaz.

Fazendo uma análise, ao invés de considerar que os homicídios em massa providos do Terceiro Reich são um exemplo de eutanásia, pode-se dizer que as práticas de eliminação dos indesejados estão mais cabíveis de exemplificação no tocante a mistanásia.

### **2.1.6. Suicídio assistido**

O suicídio assistido é aquele em que são oferecidos os métodos de extinção da vida ao paciente e, com isto, ele dá fim a sua vida sem a intervenção de outrem durante a conduta — apesar de ter a participação de um terceiro prestando assistência para a realização do ato.

Também conhecido como autoeutanásia, esta modalidade se difere de um suicídio genérico, pois este não tem por fim abreviar o sofrimento físico-moral de um paciente terminal, consiste em “quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida ya no quiere ser vivida por cualquier outro motivo y em circunstancias diferentes” (CASABONA, C. M. R., 1994, p. 427). A diferença crucial entre suicídio assistido e eutanásia encontra-se no agente, enquanto este é provocado por um terceiro que não o paciente, o primeiro é provocado devido ação do enfermo.

### **3. TRATAMENTO JURÍDICO PENAL NO BRASIL**

Partindo da premissa que a eutanásia mostra-se como um dos assuntos mais polêmicos no qual deve haver a intervenção do direito, pode-se afirmar que, contra esta, é notória a tragédia narrada pelo escritor Pedro Soares Correia e citado, por Sérgio Nogueira Reis, em sua obra *Justiça Divina versus Justiça dos Homens* (NOGUEIRA REIS, 2000, p. 588-607) em que, de acordo com o autor Leon Frejda Szklarowsky, “um médico parisiense, pai de uma menina, acometida de difteria, até então incurável, devido ao seu agudo sofrimento, abrevia-lhe a vida. Ao voltar do sepultamento, é informado que Roux acabara de descobrir o soro antidiftérico, com pleno êxito (SZKLAROWSKY, 2010)”.

Nesse contexto, segue o paradoxo de que, como a Constituição brasileira pode validar uma norma em que prevê a privação da vida, se é este o fundamento essencial da norma superior? Como direito fundamental, o direito a vida no ordenamento brasileiro é



protegido e inviolável<sup>18</sup>. Todavia, há relevância o pensamento de Dworkin quando escreve:

“[...] o direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso legitimaria o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre [...].” (DINIZ, M. H., 2011).

O principal problema proposto é saber de existem situações legítimas de interrupção ou de não manutenção da vida humana, e a hipótese levantada é a de que o Direito Penal brasileiro encontra-se desparelhado para lidar com as novas realidades biotecnológicas envolvendo o final da existência” (VILLAS-BÔAS, M. E., 2005, p 2). Faz-se inegável o fato de que o Direito, em si próprio, tem como característica o acompanhamento da sociedade, entretanto, vale ressaltar que, nesse contexto, este depara-se com situações limítrofes entre os próprios direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal. Tratando-se da eutanásia, o Direito brasileiro mostra um atraso quando está em pauta o final da existência, visto que, o início da vida envolve questões polê-

---

18. Constituição Federal, *caput*, art 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

micas como o direito de personalidade adquirido pelo feto, o que dificulta o estabelecimento da Teoria da Proporcionalidade utilizada pelo Direito Penal, a fim de aplicá-la à eutanásia.

Porém, em consonância com a afirmação de Ronald Dworkin que implica à eutanásia<sup>19</sup>, pode-se afirmar que o Direito tem evoluído ao longo da história e, mesmo que não haja uma legislação específica brasileira à eutanásia, há preceitos internacionais que devem ser respeitados e que implicam efeitos à prática de tal delito, diz-se:

“[...] Todo o homem 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(…).”  
Declaração Universal de Direitos Humanos, Art.18.  
“[...] Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras [...]”. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Art. 19.

### 3.1. Tratamento no código penal brasileiro

No que tange a eutanásia em relação ao Código Penal Brasileiro, Leon Frejda Szklarowsky, afirma:

---

19. “As pessoas têm o direito de não sofrer desvantagem na distribuição de bens e oportunidades sociais, inclusive desvantagem nas liberdades que lhes são concedidas pelo Direito criminal, apenas porque suas autoridades ou concidadãos acham que as suas opiniões a respeito da maneira certa de levarem suas próprias vidas são ignóbeis ou erradas.” DWORKIN, Ronald.

“[...] o § 1º do artigo 121 Código Penal Brasileiro trata do homicídio privilegiado, isto é, o praticado quando o agente é impelido, por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Nestes casos, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço, tendo em vista os motivos determinantes do crime ou o porquê do delito.

Não basta o motivo de valor social ou moral, que deve ser considerado, em harmonia com os padrões da sociedade. Faz-se necessário que seja relevante.

A eutanásia ou o homicídio piedoso é repelida pelo Código Penal Brasileiro, de 1940, conquanto goze o homicida de tratamento privilegiado. A pena é especialmente atenuada. A Exposição de Motivos oferece, como exemplo de homicídio privilegiado, o eutanásico ou piedoso e justifica essa postura, porque o motivo em si mesmo é aprovado pela moral prática, pela compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima. Conquanto o Código Penal não explicito o crime por piedade, a doutrina acolhe o entendimento de que, nessas circunstâncias, este foi praticado por motivo de relevante valor moral [...]”. (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A eutanásia no Brasil*, 2001).

De acordo com o pensamento da bacharel em Direito Nikita Sara Lima da Silva, pode-se afirmar que toda a dificuldade do estabelecimento de uma pena para a eutanásia está na definição da existência do crime cometido pelo médico que cometeu tal delito, “uma vez que na esfera penal o delito é passível de vários questionamentos em face de se apurar a culpa, já na esfera civil o grande obstáculo está em medir a extensão dos danos causados a terceiros e por ultimo dentro do campo ético, o qual é instituído pelo Código

de Ética Médica”. O médico que pratica a eutanásia por “compaixão” comete crime de homicídio, respondendo não somente na esfera penal, mas também na esfera civil e ética, no entanto na maioria das vezes o médico somente responde pelos seus atos quando a questão é pressionada pela mídia (DA SILVA, 2010).

Com relevância, faz-se imprescindível a análise de que a falta de normas específicas para o crime da eutanásia, facilita a impunidade desta visto que o médico, por valores culturais, não transmite uma imagem de criminoso, saindo lesados somente os familiares e amigos da vítima.

### **3.2. Tratamento no anteprojeto da reforma do código penal**

Em um país em que o índice de criminalidade vem num crescendo desenfreado, um código que abranja posturas éticas, envolvendo questões morais e jurídicas, faz-se necessário. E estancar a delinquência é tarefa hercúlea, mas se conseguir pelo menos mantê-la no nível de aceitabilidade e controle, já é um ganho considerável (QUINTINO, 2012).

O ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro assinala que o Anteprojeto distingue dois tipos de eutanásia: a ativa e a passiva. Partindo da premissa que, na eutanásia passiva, desenhada no § 4º do artigo 121, há expressão de exclusão da ilicitude, pode-se afirmar que “não é crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente,

descendente ou irmão. Pessoa ligada por estreito vínculo de afeição à vítima não poderá suprir-lhe a anuidade.” (SZKLAROWSKY, 2001).

Feliz o promotor Eudes Quintino de Oliveira Júnior, ao descrever a previsão do anteprojeto do código penal de maneira sucinta e clara:

“[...] o anteprojeto descreve a eutanásia como sendo a morte por piedade, ou compaixão, de paciente imputável que se encontra em estado terminal, a seu pedido, para diminuir o sofrimento físico insuportável em razão de grave doença. Prevê, no entanto, uma válvula ao juiz que deixará de aplicar a pena levando-se em consideração a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. O fator preponderante a ser analisado é se o profissional da saúde que executou o ato que tirou a vida do moribundo e os familiares que autorizam, agiram acobertados pelo estado de necessidade desculpante, plenamente justificado pelas circunstâncias. Confirmados os requisitos estabelecidos pela lei penal, o crime continuará a existir, porém torna-se prescindível a sanção penal. É caso de perdão judicial. Não é descriminalização e sim despenalização [...]”. (OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q., 2012).

### **3.3. Tratamento pelo Conselho Federal de Medicina**

A princípio, faz-se de extrema relevância ressaltar que, ao médico, cabe, única e exclusivamente, a obrigação de realizar todos os procedimentos previstos para a garantia de sucesso e recuperação do paciente, porém, tal fator não implica juridicamente na responsabilidade do médico de garantir a vida de um indivíduo e o sucesso de uma operação, visto que a medicina trabalha com o corpo humano, imprevisí-

vel e único. Dito isso, o Código de Ética Médica, em seu primeiro capítulo, afirma que “guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Contudo, apesar de estar no ápice da discussão atual, o Novo Código de Ética Médica não abordou explicitamente o tema da eutanásia, havendo, portanto, somente alguns preceitos estabelecidos, como no capítulo V que trata da relação com pacientes e familiares em que é vedado ao médico, no art. 41, “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. No parágrafo único que prevê que “nos casos de doença incurável e terminal, deve o medido oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Apesar da não previsão, de acordo com Luíz Flavio Gomes:

“No ano de 2006, por força da Resolução 1.805/06, o Conselho Federal de Medicina, no dia 09 de novembro, chegou a aprovar a suspensão dos tratamentos e procedimentos que prolongam a vida dos doentes terminais, sem chance de cura. O texto aprovado foi interpretado como permissivo da ortotanásia (que gera a abreviação da vida, mediante a suspensão ou cessação dos procedimentos desnecessários ou inúteis). O Ministério Público ingressou com ação civil pública e conseguiu, na Justiça

Federal de Primeira Instância, a suspensão em sede de liminar da validade da referida resolução. Comentando essa decisão, Alexandre Magno F. M. Aguiar (no site Jus Vigilantibus), com todo acerto, escreveu: A fundamentação da decisão foi o fato de que, na visão do magistrado, a ortotanásia “parece ser um homicídio”. Trata-se de um conceito bem frágil para uma decisão liminar, que exige o juízo de verossimilhança (*Código de Processo Civil*, art. 273)”. (FLÁVIO GOMES, 2012).

#### 4. EUTANÁSIA EM DEBATE: UMA REFLEXÃO CRÍTICA

Segundo o dicionário Houaiss, eutanásia é o “ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por afecção incurável que produz dores intoleráveis”<sup>20</sup>. Neste sentido, em pacientes em estado terminal ou vegetativo, tal ato se dá para proporcionar a sua morte sem sofrimento e evitar a agonia dos seus familiares. “Os pacientes em estado vegetativo saem do estado de coma para uma condição na qual têm períodos nos quais ficam acordados, com os olhos abertos, mas sem percepção de si mesmo ou do mundo exterior”<sup>21</sup>.

Embora a eutanásia seja um meio para evitar o sofrimento tanto do paciente quanto dos seus parentes mais próximos, questiona-se onde ficaria a digni-

20. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1276.

21. BBC BRASIL. Paciente em estado vegetativo se comunica em ressonância. *BBC News*. Fergus Walsh. Atualizado em 13 de novembro, 2012 – 7:53 (Brasília). Acesso em: 27 nov. 2012.

dade à vida daquele que está em estado terminal e até que ponto a prática deste ato não seria um homicídio.

Fato é que a eutanásia suscita polêmica porque se trata de um tema que atinge a bioética, a religião, a moral de cada uma tantos outros assuntos que também terminam em debates. Por exemplo, o caso da norte-americana Terri Schiavo<sup>22</sup> tornou-se uma batalha legal de mais de uma década, envolvendo seus pais, seu marido e os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados Unidos. O caso que culminou no falecimento de Terri, após esta ter ficado 14 sem receber água ou alimentação por meio de uma sonda, foi um dos mais polêmicos e com maior apelo midiático que já se teve conhecimento.

O processo do caso Terri teve início em 1993 e fim em 2005. Durante este período a sonda que alimentava a americana foi retirada e recolocada por algumas vezes, fato que suscitou a intervenção de Jeb Bush, irmão do presidente George W. Bush e então Governador da Flórida. Jeb pressionou o Legislativo estadual a aprovar um projeto de lei, permitindo o governo a intervir no caso. Esta Legislação ficou conhecida como “Lei Terri” e ao final foi sancionada pelo presidente dos Estados Unidos, naquela época, George W. Bush. Esta participação do então presidente Bush, mostra o quão polêmico pode se tornar um debate em torno da eutanásia, da mesma forma que discussões que perpassem pelo aborto, sendo motores de uma alteração.

---

22. CASTANHATO, Camila; MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Caso Terri Schiavo: Reflexões Sobre a Morte*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília - DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Acesso em: 25 nov. 2012.



Ronald Dworkin questiona como é possível que existam debates inacreditavelmente calorosos, diante de temas polêmicos como aborto e eutanásia. A resposta, ele afirma:

“[...] acredito, é que interpretamos a ideia de que a vida humana é intrinsecamente valiosa de diferentes maneiras, e que os diferentes impulsos e convicções expressos nessas interpretações antagônicas são muito poderosos e veementes.” (DWORKIN, R., 2003, p. 98).

Igualmente, acredita Dworkin ser necessário analisar polêmicas como o aborto, perpassando por debates de teor religioso e filosófico, assim como já foi colocado<sup>23</sup>. A verdade é que “Em regra, a função última de solucionar conflitos de interesses cabe ao Direito”<sup>24</sup>. No entanto:

“[...] a dogmática encontra-se desatualizada para lidar com situações extremamente novas e polêmicas, de modo que o uso dos dispositivos legais disponíveis ou se mostra insuficiente ou incorre no risco de desvirtuar esses dispositivos, à caça de uma interpretação extensiva o suficiente para abranger a realidade fática inusitada. [...] a criação de normas excessivamente herméticas não é indicada, em razão da celeridade no surgimento e modificações dessas situações, dando-se preferência aos conceitos aos abertos, cujo conteúdo necessita de auxílio zetético para seu preenchimento.” (DWORKIN, R., 2003, p. 112).

Malgrado a eutanásia suscite polêmica porque trata-se de um tema que atinge a bioética, a religião

23. DWORKIN, R. *Domínio de Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99.

24. DWORKIN, R., 2003, p. 109.

e a moral de cada um, Maria Helena Diniz afirma que tais discussões também surgem em razão do progresso científico, e da emancipação do paciente<sup>25</sup>. Neste sentido, as altas tecnologias aplicadas à saúde possibilitaram que assuntos como a legalização da eutanásia fossem colocados em debate, que pacientes em estado terminal pudessem ser mantidos vivos, por vários anos e, além disso, que após o reconhecimento dos direitos fundamentais do paciente, a vontade destes fosse respeitada em detrimento do poder da classe médica.

#### 4.1. Argumentos favoráveis

Os debates acalorados que envolvem discussões acerca da eutanásia são cercados de argumentos favoráveis e contrários. A princípio, o grande argumento a favor da eutanásia está na dignidade da pessoa. É por conta desta dignidade do paciente em estado vegetativo que se defende seu direito à morte. Por exemplo, no caso já colocado de Terri Schiavo, questiona-se onde ficou a dignidade da americana, já que por conta de um processo que perdurou por mais de uma década, a sonda que a alimentava foi tirada e recolocada por algumas vezes.

Aquele que está em estado terminal não tem como expressar sua vontade e, por isso, muitas vezes tem sua vida colocada em debate. No entanto, o sofrimento causado aos familiares, esperançosos com uma possível volta de saúde de um ente querido e os custos altos de manutenção para o Estado (que poderiam estar sendo usados em pacientes com possibilidade real de vida

---

25. DINIZ, M. H. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-28.

ou descobertas científicas) e plano de saúde, devem ser ponderados quando o assunto é eutanásia. Nesta linha de pensamento sancionar uma lei favorável à eutanásia também caberia, pois países como Holanda e vários Estados dos Estados Unidos admitem a eutanásia, portanto, já é algo aceito em diversas sociedades.

Segundo a autora Maria Elisa Villas-Bôas, a obra de Tom Beauchamp e James Childress, de 1979, “Principles of Biomedical Ethics”, afirma que quatro princípios básicos devem ser analisados quando tratar-se da abordagem de um paciente e as decisões a serem tomadas perante a ele: a autonomia, a não-maleficiência, a beneficência e a justiça<sup>26</sup>. Tais princípios serão abordados posteriormente conforme sua classificação em argumento favorável ou desfavorável.

Um meio viável para resolver a polêmica da eutanásia é um testamento, escrito pelas pessoas antes de entrarem em estado vegetativo. Não é que elas tenham um meio para adivinhar fatos futuros. Tratar-se-ia de uma precaução, de uma prevenção a uma eventual efemeridade. Segundo Ronald Dworkin, “Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiz antecipada: ou os ‘testamentos de vida’ ou as ‘procurações para a tomada de decisões em questões médicas’”. (DWORKIN, R., 2003, p. 264).

Seguindo o raciocínio dos princípios básicos de Tom Beauchamp e James Childress, destaca-se como argumento favorável a autonomia. De acordo com tal princípio, a autonomia relaciona-se “[...] com a capa-

26. VILLAS-BÔAS, M. E. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-penal do Final de Vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

cidade de autodeterminação do indivíduo” (VILLAS-BÓAS, Maria Elisa, 2005, p. 109) e “com o requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (Código de Ética Médica, arts. 24 e 31)<sup>27</sup>. Neste sentido, um testamento de vida antecipado se justificaria, pois representaria a liberdade, a legalidade, a dignidade da pessoa e a negação ao paternalismo médico em detrimento ao protagonismo do paciente, devendo ser acatado sem nenhum tipo de questionamento.

O princípio da beneficência assevera “que o médico, tentando alcançar a solução mais benéfica para seu paciente, termina por enfatizá-lo, submetê-lo às exclusivas decisões médicas, em detrimento de sua liberdade de decidir o que ele entende melhor para si”<sup>28</sup> e que “o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, Segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça” (DINIZ, M. H., 2011, p. 39). Neste sentido há uma violação da vontade, dos valores e dos direitos do enfermo e, aquilo que é considerado mais benéfico será dado necessariamente por terceiros, o que não se julga como correto diante do direito à morte dos cidadãos.

Ainda de acordo com os princípios básicos a justiça, igual distribuição dos recursos que por muitas vezes encontram-se escassos, para beneficiar a todos de forma igualitária, deveria ser pregada. Neste sentido, os custos que nos Estado Unidos, por exemplo, variam em dois mil a dez mil dólares por mês<sup>29</sup>, pode-

---

27. DINIZ, M. H., 2011, p. 38.

28. VILLAS-BÓAS, M. E., 2005 p. 117.

29. DWORKING, R., 2003, p. 264.

riam ser usados em prol de muitos outros pacientes, e não somente em um.

Na linha dos argumentos favoráveis, Maria Helena Diniz afirma que “Platão, em seus Diálogos, lembra a respeito a afirmação de Sócrates de que ‘o que vale não é o viver, mas o viver bem’” (DINIZ, M. H., 2011, p. 439). Diante desse fato, questiona-se se estaria errado o grande filósofo da Antiguidade, mas não. A vida não tem sentido. Não se constrói mais uma família, não se estuda, não se cresce profissionalmente, mas no entanto causa a agonia dos familiares. Neste sentido a própria Igreja Católica através do Papa Pio XII ponderou “[...] que é de incumbência do médico tomar todas as medidas ordinárias destinadas a restaurar a consciência e outros fenômenos vitais [...]. Não tem, entretanto, a obrigação de continuar de forma indefinida o uso de medidas em casos irreversíveis” (DINIZ, M. H., 2011, p. 449).

Além disso, “entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos”<sup>30</sup>. Óbvio que na sociedade contemporânea, rituais desumanos não seriam admitidos, mas a morte de doentes é algo que vem do passado, e com certeza os sábios das tribos indígenas, por exemplo, não sacrificariam uma vida por motivo algum. Da mesma forma aconteceria com eutanásia, diante do direito a morte, princípio da autonomia e sofrimento da família. Neste sentido, uma reanimação cardíaca ou tratamento para câncer se admitiria. O que se questiona aqui é a proibição da eutanásia para casos de pacientes em estado vegetativo.

---

30. DINIZ, M. H., 2011, p. 440.

## 4.2. Argumentos contrários

Contra-pondo-se aos argumentos favoráveis, aqueles contrários à eutanásia têm como principal argumento o direito à vida. Para Ronald Dworkin a vida humana é sagrada e inviolável<sup>31</sup>, além disso, para o autor, se não “tratarmos qualquer forma de vida humana como algo que devemos respeitar, reverenciar e proteger por ser maravilhosa em si mesma”, um problema moral surgirá.

Nesta linha, Maria Helena Diniz sustenta que o direito à vida é um bem jurídico essencial ao ser humano e, por isso, acaba condicionando os outros direitos da personalidade. Neste sentido a autora assevera que “a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto personalíssimo” (DINIZ, M. H., 2011, p. 45). Em razão disto, Maria Celeste Cordeiro Santos assevera que segundo Maggiore, o princípio ético proíbe o encurtamento da vida<sup>32</sup>.

Ainda sobre o direito à vida, o art 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, assegura a inviolabilidade do direito à vida, portanto, ele é um direito fundamental básico desde a concepção do indivíduo. Sobre este direito, Diniz afirma que não é um direito de propriedade:

“O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu

31. DWORKIN, R., 2003, p. 102.

32. SANTOS, M. C. C. *Transplantes de Órgãos e Eutanásia (Liberdade e Responsabilidade)*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 221.

titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso legitimaria o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre.” (DINIZ, M. H., 2011, p. 46).

Seguindo o raciocínio dos quatro princípios básicos de Tom Beauchamp e James Childress, o princípio da não maleficência prega “[...] primeiramente não prejudicar, não causar o mal” dos pacientes. Se “[...] leva em conta o que e quanto se está disposto a sacrificar, em favor de determinado resultado”<sup>33</sup>. Neste sentido, Maria Elisa Vilas-Bôas assegura que:

“Em regra, é em nome da não-maleficência que se repudia bioeticamente a eutanásia, pois matar seria tipicamente causar um mal irremediável a outrem. Também em nome da não maleficência, no entanto, repudiam-se os tratamentos desproporcionais e se privilegia a ortotanásia, consistente na abstenção ou na interrupção do prolongamento artificial da vida, quando fica claro que tal prolongamento somente prorroga o sofrimento do doente que, inconsciente, permanente sedado por causa de dores, em nada lucra com esse acréscimo de tempo tecnologicamente possível.” (VILLAS-BÔAS, M. E, 2005, p 119).

Outro argumento contrário encontra-se na possibilidade de um paciente em estado vegetativo comunicar-se com seus familiares ou médicos via equipamento. Diante deste fato destaca-se o caso do canadense Scott Routley<sup>34</sup>, de 39 anos, que após

33. VILLAS-BÔAS, M. E., 2005, p. 118.

34. BBC BRASIL. Paciente em estado vegetativo se comunica em ressonância. *BBC News*. Fergus Walsh.

mais de uma década neste estado, foi capaz de se comunicar com pesquisadores através da sua atividade cerebral monitorada em um exame de ressonância magnética, pois seu padrão de atividade cerebral mostrava que ele conseguia escolher as respostas às perguntas dos cientistas. Na mesma linha, outro paciente, chamado Steve Graham<sup>35</sup>, foi capaz de acumular novas memórias, mesmo após ter sofrido danos cerebrais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho conseguimos atingir o objetivo de trazer à tona a polêmica da eutanásia e seus aspectos jurídicos, bem como os aspectos positivos e negativos do ato. Observa-se também que uma morte digna, como é explicitado no livro *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos*, “seria aquela pautada não só no máximo de cuidado médico, por meio dos cuidados paliativos, mas também aquela na qual há o respeito às crenças e aos valores de cada indivíduo”. Além de ficar claro que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não é aberto à prática da eutanásia, diferentemente de países como a Holanda e a Bélgica, foi possível abrir uma discussão sobre o tema, explicitando a importância da autonomia do ser e a sua dignidade.

## 6. REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. Paciente em estado vegetativo se comunica em ressonância. *BBC News*. Fergus Walsh. Atualizado em

---

35. Paciente em estado vegetativo se comunica em ressonância. *BBC Brasil*. BBC News. Fergus Walsh.



## MORTE DIGNA: ATÉ ONDE O DIREITO PODE INTERVIR NA VIDA DO SER HUMANO

13 de novembro, 2012 – 7:53 (Brasília). Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/11/121113\\_paciente\\_vegetativo\\_resposta\\_rw.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/11/121113_paciente_vegetativo_resposta_rw.shtml)>. Acesso em: 29 out. 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*: visão jurídica. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia#ixzz2Ae7sRxZD>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. *Anteprojeto do Código Penal 2012*, art. 07. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

CAMPOS, Patrícia Barbosa; MEDEIROS, Guilherme Luiz. *A Eutanásia e o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <[http://www.facsao-roque.br/novo/publicacoes/pdfs/patricia\\_drt\\_20111.pdf](http://www.facsao-roque.br/novo/publicacoes/pdfs/patricia_drt_20111.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2012.

CASTANHATO, Camila; MATSUSHITA, Thiago Lopes. *Caso TerriSchiano: Reflexões Sobre a Morte*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Brasília – DF nos dias 20,21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05\\_876.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_876.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2012.

CÓDIGO de Deontologia Médica, aprovado pelo 1º Congresso Médico Sindicalista. *Boletim do Sindicato Médico Brasileiro*, n. 8, ago. 1931. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/arquivos/codigo\\_deontologia\\_medica%281931%29.pdf](http://www.portalmédico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica%281931%29.pdf)>.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº 1931/2009, de 17 de setembro de 2009. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)>.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKING, Ronald. *Domínio de Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo; Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia e o novo código de ética médica*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Atheneu, 2011.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

*Revista VEJA*, edição 2286, ano 45, n. 37, de 12 de setembro de 2012; especial 'O direito de escolher'.

- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna: o direito do paciente terminal*. São Paulo: Juruá, 2010.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Transplantes de Órgãos e Eutanásia (Liberdade e Responsabilidade)*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHARAMM, Fermin Roland. *Conversações sobre a 'boa morte': o debate bioético acerca da eutanásia*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2005000100013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000100013)>. Acesso em: 15 out. 2012.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-penal do Final de Vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. “Qual a diferença entre eutanásia, distanásia e ortotanásia?”. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/2008080409551418\\_direito-criminal\\_qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia.html](http://www.lfg.com.br/artigo/2008080409551418_direito-criminal_qual-a-diferenca-entre-eutanasia-distanasia-e-ortotanasia.html)>. Acesso em: 17 out. 2012.
- WORLD Medical Association Declaration on Terminal Illness, adopted by the 35th World Medical Assembly, Venice, Italy, October 1983. Disponível em: <<http://www.unav.es/cdb/ammvenecia2.html>>. Acesso em: 25 out. 2012.



# Capítulo III

## Pena de morte: análise crítica à luz da Política Criminal

**Bruna Souza**  
**Hannah Abram**  
**Júlia Curvelo**

Alunas da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
E-mails: bruna.souza1612@gmail.com, hannahazu@gmail.com,  
juliacurvelojacobina@gmail.com



# Pena de morte: análise crítica à luz da política criminal

**Resumo:** O presente estudo cuida da análise crítica acerca dos discursos que clamam pelo retorno da pena de morte. Questionar-se-á se o retorno da referida pena se adequa aos princípios que norteiam o Direito Penal Brasileiro e qual política criminal se mostra compatível com a análise, defendendo ou negando a pena capital como sanção aplicada pelo Estado Brasileiro.

**Palavras-chave:** Pena de morte. Clamor Público. Minimalismo Penal.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Sobre a pena de morte: 2.1. Escorço histórico; 2.2. Tratamento jurídico penal no sistema brasileiro; 2.3. A pena de morte em outros ordenamentos jurídicos — 3. Os princípios penais constitucionais brasileiros e a pena de morte: 3.1. Humanização das penas; 3.2. Proporcionalidade; 3.3. “In dubio pro reo” — 4. O clamor público e as políticas criminais de combate à violência: Sobre a (des) legitimação da pena de morte: 4.1. Projetos de endurecimento penal e o clamor público pelo retorno da pena de morte; 4.2. Políticas criminais de endurecimento e a redução da violência; 4.3. A pena de morte à luz do minimalismo penal como forma de concretização dos princípios constitucionais — 5. Considerações Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa de forma crítica sobre o retorno da pena de morte, questionando se a volta dessa pena seria compatível com os princípios constitucionais penais, verificando, também, a valoração sentimental dos discursos que clamam pelo retorno dessa pena. Dessa forma, questiona-se também se diante de uma incorporação da pena, o Estado Brasileiro estaria diante de um retrocesso ou não.

Para tanto, é feita breve análise, inicialmente, acerca da história da pena de morte no mundo, no Brasil e também em mais dois ordenamentos distintos. Dessa forma, verifica-se a origem da pena e em quais acontecimentos tal pena fora atribuída, podendo, mais tarde, fazer curta avaliação no que tange a eficácia da pena e se houve avanço na história da sociedade brasileira com a sua aplicação.

Em seguida, passa-se a analisar a compatibilização da pena de morte com os princípios penais constitucionais, verificando se o princípio da humanização das penas se faz presente nesse quesito, assim como o princípio da proporcionalidade e “in dubio pro reo”. Desse modo, examina-se, ainda, se a referida pena estaria ou não ferindo a lei Maior e, portanto, sendo considerada um retrocesso à história Brasileira.

Posteriormente, em face do clamor público pelo retorno da pena de morte, serão examinados o teor de sentimentalismo presentes nos discursos que visam a legitimação da pena e dois projetos de lei que tentam trazer a pena de morte para o Código Penal e Constituição. Dessa forma, estuda-se, também, qual a origem do clamor referido e suas razões para se mostrar tão contagioso e majoritário.



Por fim, também serão estudadas políticas criminais, verificando se seus resultados tem ocasionado na diminuição da violência. Averigua-se ainda se o minimalismo penal seria a melhor forma de concretização dos princípios penais constitucionais e se, dentro dessa perspectiva, caberia à incorporação da referida pena. Desse modo, questiona-se a aplicação dessa política na sociedade e, ainda, se seus resultados futuros seriam satisfatórios de modo a não violar os princípios constitucionais penais no ordenamento jurídico Brasileiro.

## **2. SOBRE A PENA DE MORTE**

### **2.1. Escorço histórico**

A pena de morte, ou pena capital, pode não ser tão aceita no século XXI, porém, antigamente era aceita sem menores problemas por uma grande parcela da população. Para entender essa modificação no pensamento da sociedade é preciso voltar no tempo e conhecer a história dessa forma de punição.

Na época denominada como Antiguidade, o Direito começou a sofrer grandes transformações juntamente com a formação do Estado, inicializada com a sedentarização dos nômades<sup>1</sup>. Essa sedentarização ocorreu, principalmente, no Egito Antigo, na Mesopotâmia e na Índia por serem locais territorialmente favoráveis a habitação, devido ao clima e a fertilidade do solo. De acordo com Francisco Gomes de Araújo, os egípcios já usufruíam da pena de morte para punir os criminosos, porém quem punia era, sobretudo, a própria família da vítima<sup>2</sup>.

---

1. ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987. p. 22.

2. Idem, Ob. Cit., p. 23.

Na Mesopotâmia ocorreu uma positivação do direito, que deixou de ser traduzido na forma oral e passou a ser traduzido na forma escrita, principalmente pelo Código de Hamurabi. Francisco de Araújo aborda que o mencionado código, sob o título “As Leis”, regulamentava a pena capital. Das ofensas punidas com pena de morte, destacam-se: a corrupção no serviço público, o roubo e as injúrias sexuais<sup>3</sup>.

Do mesmo modo na Índia, também foi criado um importante código, denominado Código de Manu, esse regulamentava a pena de morte para várias transgressões da lei. Desse mesmo modo, o direito chinês referia-se às Cinco Penas do Imperador Sei Nu, que também, prescreviam a morte, oferecendo abertura para que a sentença ocorresse através da decapitação, enforcamento, esquartejamento e enterramento em vida<sup>4</sup>.

Semelhantemente à Antiguidade já abordada, o período denominado Antiguidade Clássica é marcado acima de tudo pela influência grega e romana. Na Grécia, o direito era primordialmente teocrático mítico e utilizava a pena de morte como forma de sanção. Igualmente, em Roma, a pena capital era empregada para punir crimes como: calúnia, falso testemunho, homicídio e traição. Já na época da República, apesar de ser estabelecida pela lei romana escrita, raramente cidadãos romanos eram executados, por outro lado, eram numerosos os casos de escravos executados<sup>5</sup>.

---

3. Idem, Ob. Cit., p. 26.

4. Idem, Ob. Cit., p. 26-27.

5. ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987. p. 28-29.

Similarmente ao que vinha ocorrendo durante a história, na época nomeada Pré-cristã situada antes da Idade Média, os germanos, segundo relato de Tácito, de acordo com Francisco de Araújo, enforcavam os traidores e os desertores e afogavam-se os covardes e os homossexuais<sup>6</sup>.

Na Idade Média marcada pelo feudalismo, a crueldade nas execuções foi igualmente mantida, porém novos métodos de tortura foram agregados às formas de punição, além do aprimoramento dos métodos antigos<sup>7</sup>. Essas execuções eram exibidas amplamente ao público, e, o local era escolhido com base na proximidade com a localidade onde o delito fora cometido. Essas exhibições macabras foram transferidas para colônias britânicas, que se transformaram nos Estados de: Nova York, Massachussets, Pensilvânia, Nova Jersey e Virgínia<sup>8</sup>.

Segundo Foucault, com a chegada da Idade Moderna, cresceu a agitação contra as penas demasiadamente pesadas para delitos considerados pouco graves como latrocínio e arrombamento, e contra, principalmente, a pena de morte para furtos domésticos<sup>9</sup>. Esse último provocava maior descontentamento, ao ter em mente a dificuldade que representava para os criados demonstrarem comprovadamente a sua inocência. A execução desses criados na maioria das vezes dava lugar a protestos, como a pequena revolta que ocorreu em Paris em 1761, por conta de uma

6. Idem, Ob. Cit., p. 31.

7. Idem, Ob. Cit., p. 32.

8. Idem, Ob. Cit., p. 33.

9. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 51-52.

criada que roubara retalhos de tecido do patrão, que apesar da restituição dos retalhos e das suplicas, não fora perdoada. Então, no dia da execução, as pessoas do bairro impediram o enforcamento, assim finalmente a acusada conseguiu o devido perdão.

O pavor dos suplícios, ainda de acordo com Foucault, provocava ilegalismos<sup>10</sup>. Nos dias de execução o trabalho era interrompido, lançavam-se pedras e insultos sobre ao carrasco e aos soldados, procuravam apoderar-se do condenado, para salva-lo ou em alguns casos para mata-lo. A solidariedade da população com os pequenos delinquentes (vagabundos e falsos mendigos, por exemplo) se manifestou com muita continuidade através da caça aos denunciadores e ataque contra as sentinelas ou aos inspetores. A repressão penal e policial visava à ruptura dessa solidariedade, porém nessas cerimônias a solidariedade se reforçava. Isso mostra que essas execuções não assustavam o povo e por isso, começava-se pouco a pouco a exigir a suspensão delas.

Nessa mesma época, a perpetuação de ideias iluministas e liberais, fez com que ocorresse uma modificação do pensamento, abordado singularmente por Cesare Beccaria. Segundo Francisco de Araújo, Beccaria foi o primeiro adversário da tradição jurídica e da legislação penal de seu tempo, principalmente por conta da pena de morte<sup>11</sup>. Seus princípios gerais incluíam a abolição da pena capital e fundamentavam: o Novo código das leis, redigido após o tratado Dos

---

10. Idem, *Ibidem*, p. 52-53.

11. ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987. p. 39 a 41.

delitos e das penas; o novo código toscano; e o código que José II deu à Áustria.

No entanto, essas legislações fizeram do encarceramento uma pena quase que uniforme, por exemplo, trinta anos de detenção por atentado contra o soberano e falsificação de moeda. Porém, a prisão não se constituía um castigo fortemente instalado no sistema penal, estava abaixo da pena de morte e ocupava o lugar dos suplícios, que desapareceram. Essa situação é clara na ordenação de 1670, que não citava detenção como pena aflictiva, mas sim continuava com os suplícios e a pena de morte natural<sup>12</sup>.

De acordo com Michel Foucault, a pena natural compreende vários tipos de morte, como: enforcamento; dilaceração do corpo seguida de enforcamento; cremação, estando o acusado vivo; cremação após o estrangulamento<sup>13</sup>. Porém esse arsenal de horror não era frequentemente aplicado, pois havia também penas mais leves, como por exemplo, a prisão temporária. Ainda que, para os olhos da sociedade atual a proporção dos vereditos de morte pareça notável, para a época — uma porcentagem de 10% de penas capitais decididas pelo Châtelet entre 1755 e 1785 ou 39 condenações à morte em 260 sentenças, decididas pelo Parlamento de Flandres de 1721 a 1730 — não representava um número considerável.

Apesar dos exageros, é imprescindível ressaltar, que os tribunais encontravam múltiplos meios de mitigar os rigores das penalidades, por meio do abando-

---

12. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 97-98.

13. Idem, *Ibidem*. p. 30 e 31.

no de processos quando as infrações eram exacerbadamente castigadas e até mesmo o próprio poder real recomendava não aplicar alguma ordenação particularmente severa. No entanto, a civilização caminhava desvalorizando a vida humana e, de mesma forma, restringindo a solidariedade entre os homens. Porém, muitos países se desviaram desse caminho, e hoje, não preveem a pena capital como punição ou preveem em casos excepcionais. Em muitos países que adotam a pena de morte, o assassinato sendo um delito capital é punido com morte. Impõe-se também para delitos contra a segurança dos Estados e a traição à pátria<sup>14</sup>.

## **2.2. Tratamento Jurídico Penal do sistema brasileiro**

Para entender como o ordenamento jurídico penal brasileiro se posiciona a respeito da pena de morte, é preciso compreender, primeiramente, um pouco de como se deu a história desta pena no Brasil na época do Império e da República. Períodos, esses, escolhidos por terem mais importância no decorrer da história da pena capital.

Na época do Império, de acordo com Francisco de Araújo, ocorreu um fato que contribuiu categoricamente para a abolição de fato da pena de morte: Manoel da Mota Coqueiro foi levado à forca, no estado do Rio de Janeiro, por um erro judiciário<sup>15</sup>. Ele foi acusado de ter assassinado, na sua fazenda, o colono Francisco Benito e toda sua família, com a ajuda de dois escravos. Supostamente, praticou a chacina

---

14. ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987. p. 57.

15. Idem, Op. Cit., p. 70-71.

para se vingar do colono que se opôs a sua relação ilícita com umas das filhas dele. Mota Coqueiro foi condenado à forca pelo Tribunal do Júri e executado em cinco de agosto de 1885, apesar dos seus protestos de inocência.

Posteriormente, foi descoberto, por confissão dos próprios escravos, que sua mulher, motivada pelo ciúme, ordenou o assassinato aos escravos e nada tinha culpa Mota Coqueiro. O caso produziu um abalo muito grande na opinião pública em relação á pena de morte, por ter um caráter irreparável quando causada por um equívoco da justiça. O clamor foi tão poderoso que D. Pedro II, utilizando o seu Poder Moderador, passou a substituir sistematicamente a pena capital pela pena de galés, que seriam trabalhos forçados por toda a vida.

Com a proclamação da República, o Dec. nº 774 de 20 de setembro de 1890 apagou da legislação a pena capital, e logo a seguir, em outubro desse mesmo ano, foi publicado o Código Penal, que substituiu o Código Imperial. Neste código, a pena de morte não foi incluída no elenco de penas, antecipando-se à primeira Constituição Republicana promulgada em 1891, que aboliu a pena de galés e declarou no seu art. 72, § 21: “Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”. Em conformidade com o regulamento do processo criminal militar de 1895, a pena de morte era executada por fuzilamento, em que o condenado era vendado e utilizavam-se, não mais vozes de fogo, mas sim sinais<sup>16</sup>.

---

16. ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987. p. 72.

Com a Constituição de 1934, o repúdio à pena de morte foi mantido, de acordo com o art. 113, n° 29: “Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro”. Todavia, com a Constituição de 1937, a pena de morte voltou a ser autorizada mesmo na legislação civil e em tempos de paz, para crimes como, por exemplo, o homicídio perverso por motivo fútil, de forma facultativa<sup>17</sup>.

Essa mudança rompeu uma tradição de quase meio século. Para agravar ainda mais a situação, a Lei Constitucional n° 1, expedida em 1938, tornou imperativa a pena de morte para alguns casos, ao invés de facultativa. De acordo com Francisco de Araújo, com a Constituição de 1946, a pena capital voltou a ser excluída da lei penal brasileira para tempos de paz<sup>18</sup>. O Código Penal Militar atual, promulgado em 1944, impõe a pena de morte como grau máximo apenas para crimes militares em tempo de guerra.

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar alteraram e criaram uma nova redação do artigo 153 da Constituição, que ficou conhecida como Emenda Constitucional n° 1 de 1969, cujo artigo em seu parágrafo 11 diz que não haverá pena de morte, banimento e prisão perpétua (tirando o confisco da redação), porém no caso da pena de morte fica ressalvada a legislação penal aplicada em tempo de guerra externa<sup>19</sup>.

---

17. Idem, Op. Cit., p. 72 e 73.

18. Idem, Op. Cit., p. 76 e 77.

19. Idem, Op. Cit., p. 74.



De acordo com Francisco de Araújo, desde 1855 a pena de morte deixou de ser aplicada, como penalidade oficial, na vida pública brasileira devido ao famoso erro jurídico no caso de Mota Coqueiro<sup>20</sup>. Desde 1890 foi oficialmente retirada da legislação, porém foi reestabelecida pelo Estado Novo, mas novamente suprimida com a volta da Democracia. Porém, o fato é que ainda existe na Constituição brasileira a previsão de pena de morte para casos especiais e isso é praticamente desconhecido pela população.

A pena de morte é autorizada em tempos de guerra, conforme o artigo 5 inciso XLVII da Constituição. O Código Militar Penal prevê a pena capital: como uma das principais, conforme art. 55; a ser executada por fuzilamento, conforme art. 56; a ser executada depois de sete dias após sua comunicação, conforme art. 57. A pena capital é prevista, por exemplo, nos artigos 355 (traição), 356 (favor ao inimigo), 365 (fuga em presença do inimigo), 368 (motim, revolta ou conspiração), 384 (danos em bens de interesse militar), 390 (abandono de posto), e 401 (genocídio). Mesmo que somente seja aplicada em tempo de guerra, e como punição em grau máximo, é prevista na legislação.

Além disso, é perceptível através da análise do Decreto-Lei nº 6.227 de 1944 e do Decreto-Lei nº 1.001 de 1969 que houve um retrocesso em relação à aplicação da pena de morte como forma de punição em tempos de guerra, no Brasil. No Decreto-Lei de 1944 era prevista a pena de morte, como pena máxima, para dezoito crimes, diferentemente do Decreto-Lei de

---

20. Idem, Op. Cit., p. 92.

1969 que prevê a pena de morte, como pena máxima, para em média trinta crimes.

### **2.3. A pena de morte em outros ordenamentos jurídicos**

#### **2.3.1. Japão**

De acordo com Eduardo Ferreira, o conservadorismo e a seriedade dos Japoneses são comprovados na aplicação da pena de morte por uso de meios considerados cruéis, como por exemplo, enforcamento<sup>21</sup>. O poder judiciário é independente como nos países democráticos e é centralizado no Supremo Tribunal, conforme a Constituição Japonesa de 1946.

A cerca da pena de morte, Eduardo Ferreira descreve que o artigo 11 da Constituição Japonesa de 1946 diz que a pena capital será executada por meio de enforcamento, por instituições penais<sup>22</sup>. E diz, também, que o condenado deverá permanecer preso até o momento da execução. O capítulo XXVI aborda sobre o crime de homicídio, nos artigos 199 a 203.

Eduardo Ferreira ainda aborda que o artigo 199 do Código Penal Japonês diz que a pessoa que matar outra poderá sofrer pena de morte ou prisão perpetua

21. FERREIRA, Eduardo. *O Poder Judiciário do Japão: O Direito Penal Japonês*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DTNpi48XqWYJ:letrasjuridicas.blogspot.com/2008/10/o-poder-judicirio-do-japo.html+&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

22. Idem. Ibidem. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DTNpi48XqWYJ:letrasjuridicas.blogspot.com/2008/10/o-poder-judicirio-do-japo.html+&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

com trabalho forçado ou ainda prisão por um tempo determinado de no mínimo cinco anos<sup>23</sup>. Já o artigo 202 trata sobre o induzimento, ajuda ao suicídio ou homicídio, afirmando que uma pessoa que induzir ou ajudar outra a praticar homicídio ou matar com o consentimento da vítima será punido com prisão com ou sem trabalho por mais do que seis meses, mas por menos do que sete anos.

Segundo dados divulgados pelo site da organização Amnesty, em 2010, a ex-ministra da Justiça Keiko Chiba configurou um estudo dentro do Ministério da Justiça para avaliar a pena de morte como forma de punição<sup>24</sup>. Ela também abriu a Câmara de Execução do Centro de Detenção de Tóquio para a mídia, pela primeira vez, para que fosse gerado um debate sobre a pena de morte. O ex-ministro da Justiça Hideo Hiraoka repetidamente se recusava a assinar mandados de execução. Porém, ele foi substituído por, em 2010 por Toshio Ogawa, que declarou que a assinatura dessas execuções fazia parte do trabalho de Ministro da Justiça.

Os exemplos de outros países, incluindo o Japão, faz-se claro que a liderança política é imprescindível para mudar a percepção pública da pena de morte. Essa realidade, no Japão e no mundo, inclui a desumanidade real e a arbitrariedade da pena, a falta

---

23. Idem. Ibidem. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DTNpi48XqWYJ:letrasjuridicas.blogspot.com/2008/10/o-poder-judicial-do-japo.html+&cd=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

24. Amnesty. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/news/japan-40-years-death-row-2012-03-27>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

de um dissuasor superior em comparação com outras punições e a impossibilidade de excluir o erro quando impuser essa sanção irreversível. Por isso, mais de dois terços dos países do mundo tem considerados esta realidade e rejeitam a pena de morte na lei ou na prática<sup>25</sup>.

### **2.3.2. Estados Unidos da América**

Com base em informações coletadas no site da organização *Death Penalty Information Center*, a Grã-Bretanha influenciou América na questão da pena de morte mais do que qualquer outro país<sup>26</sup>. Quando os colonos europeus chegaram à região que agora é a América, eles trouxeram a prática da pena capital. Intelectuais norte-americanos que se posicionavam contra a pena de morte, foram influenciados por Beccaria. As primeiras tentativas de reforma da pena de morte nos EUA ocorreram com a criação de um projeto de lei, feito por Thomas Jefferson, para revisar as leis de pena capital na Virgínia. Seu projeto abordava que essa pena somente deveria ser utilizada para crimes de homicídio e traição. Mesmo com a sua derrota, por um voto, ele conseguiu influenciar, por exemplo, Bradford que se tornou mais tarde o procurador geral. Dessa forma, em 1794, foi revogada a pena de morte, na Pensilvânia, para todos os crimes exceto assassinato em primeiro grau.

De acordo com o site da organização DPIC, em meados do século XIX, o movimento abolicionista ga-

---

25. *Amnesty*. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/news/japan-40-years-death-row-2012-03-27>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

26. *Tempos coloniais*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

nhou força<sup>27</sup>. No início desse século, muitos estados reduziram o número de crimes que levariam a pena de morte. Em 1834, a Pensilvânia foi o primeiro estado a praticar as execuções dentro das prisões, longe dos olhos da população. Já em 1846, Michigan se tornou o primeiro estado a abolir pena capital para todos os crimes, exceto traição. Mais tarde, a Ilha de Rodes e Wisconsin aboliram a pena para todos os crimes. Apesar de alguns estados terem começado a abolir, a maioria seguiu com a pena de morte. De 1920 até 1940, a pena de morte começou a ressurgir, porque os criminologistas argumentavam que essa era uma medida necessária para a sociedade. Na década de 1950, o sentimento público voltou a se afastar da pena capital e o número de execuções caiu drasticamente.

Nos Estados Unidos da América, em 1958, a Suprema Corte decidiu que a oitava emenda continha uma evolução de decência que marcou o progresso do amadurecimento da sociedade a década de 1960 trouxe vários desafios para a legalidade da pena de morte. Até então era permitida a pena de morte, no entanto, na década de 60, foi sugerido que a pena de morte era um castigo cruel e, portanto, inconstitucional sob a Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787<sup>28</sup>.

Segundo a organização DPIC, a Suprema Corte começou a “Sintonia Fina” a forma como a pena ca-

---

27. *Sec. XIX*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

28. *ApenademortenosEstadosUnidos*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

pital foi administrada<sup>29</sup>. Para isso, o Tribunal ouviu dois casos em 1968 que tratavam sobre o critério que o ministério público e o júri utilizavam em casos capitais. O primeiro foi U.S. v. Jackson, onde a Suprema Corte ouviu argumentos sobre uma disposição do estatuto federal de sequestro exigindo que a pena de morte fosse imposta somente com recomendações de um júri. O Tribunal considerou essa prática inconstitucional, porque incentivou os réus a renunciar ao seu direito a um julgamento com júri para garantir que eles não receberiam uma sentença de morte. O outro caso foi de Witherspoon v. Illinois, nesse caso, o Supremo Tribunal considerou que os jurados só poderiam ser desqualificados se os promotores provassem que o pensamento dele a respeito da pena de morte os inibiriam de tomar uma decisão imparcial sobre a punição.

Ainda de acordo com a organização, a questão da arbitrariedade que vinha sendo muito discutida foi retomada em 1972, no caso Furman v. Geórgia e Geórgia v. Jackson. Furman argumentou que os casos capitais resultavam em uma condenação arbitrária e caprichosa. E Furman trouxe a questão da inconstitucionalidade sob a Oitava Emenda e o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o padrão que a pena seria cruel e incommum: se muito grave para o crime; se a decisão fosse arbitrária; se ofendido o sentido de justiça; ou se não fosse mais eficaz do que uma pena menos severa<sup>30</sup>.

---

29. Idem. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

30. *A suspensão da pena de morte*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

No caso da Geórgia, o Tribunal considerou que o estatuto da pena de morte da Geórgia, que dava ao júri critério para uma sentença completa, pode resultar em uma condenação arbitrária. O Tribunal de Justiça considerou que a punição ao abrigo do estatuto foi, portanto, cruel e violou a Oitava Emenda. Assim, em 29 de junho de 1972, a Suprema Corte efetivamente anulou quarenta estatutos de pena de morte e suspendeu a pena de morte porque os estatutos existentes já não eram válidos<sup>31</sup>.

Assim, o Tribunal de Justiça, deu oportunidade para que os estados pudessem reescrever seus estatutos de pena de morte para eliminar a inconstitucionalidade trazida por Furman. Os defensores da pena capital começaram a propor novos estatutos que acreditavam acabar arbitrariedade na sentença capital. Os estados foram liderados pela Flórida, que reescreveu o seu estatuto apenas cinco meses depois de Furman. Pouco tempo depois, trinta e quatro outros estados passaram a promulgar novas leis que abordavam sobre a pena de morte<sup>32</sup>.

Segundo, também, informações coletadas no site da organização DPIC, em 1976, alguns estatutos foram aprovados pelo Supremo Tribunal Federal em *Gregg v Geórgia*, *Gregg v Jurek Texas* e *Gregg v Proffitt Flórida*<sup>33</sup>. Esta decisão histórica considerou que os estatu-

---

31. Idem. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

32. *Reposição da Pena de Morte*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

33. Idem. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

tos de pena de morte na Flórida, Geórgia e Texas eram constitucionais, e assim, a pena de morte foi reestabelecida nesses estados. O Tribunal considerou ainda que a própria pena de morte era constitucional sob a Oitava Emenda.

Então, de acordo não somente com a organização DPCI<sup>34</sup>, mas também em acordo com a organização Primeira Linha, os EUA mantêm a pena de morte, porém foram estabelecidas limitações sobre a pena capital, como: em 1977 a pena de morte se tornou uma punição inconstitucional pelo estupro de uma mulher adulta, quando a vítima não foi morta; em 2002, o Tribunal concluiu que tal punição não pode ser atribuída à pessoas com atraso mental, segundo o qual violaria a proibição da Oitava Emenda na punição cruel e incomum; em 1987, o Supremo Tribunal considerou que a revogação de uma sentença capital, por motivos raciais, só ocorreria se a discriminação racial intencional contra o réu poderia ser mostrada, violando constitucionalmente da “igual proteção da lei”; e, em 1992, os Estados Unidos reservou o direito de executar delinquentes juvenis<sup>35</sup>. Apesar de terem ratificado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que em seu art. 6º diz que essa pena não deve ser atribuída á menores de 18 anos, os Estados Unidos são o único país com reserva excepcional para este artigo. Porém, atualmente, 19 estados com a pena de morte impede a execução de menores de 18 anos no momento de seu crime, como por exemplo, Texas, Oklahoma e Virginia.

---

34. *Limitações nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-ii-history-death-penalty>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

35. Disponível em: <<http://www.primeiralinha.org/destaques4/capital2.htm>>. Acesso em: 03 set. 2012.



### 3. OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS E A PENA DE MORTE

#### 3.1. Humanização das Penas

O princípio da humanização das penas segundo Eugenio Raul Zaffaroni é reconhecer o condenado como pessoa humana<sup>36</sup>. Este se caracteriza pela presença tanto de uma vertente positiva como de uma vertente negativa. A vertente negativa é representada pela presença de proibições que se apresentam nas vedações constitucionais da pena de morte, de penas perpétuas, indignas ou desumanas. Já a vertente positiva caracteriza-se pela proteção da dignidade da pessoa humana em especial daquele que se encontra no cárcere.

Com o advento do movimento iluminista, presente durante os séculos XVII e XVIII, houve o desenvolvimento e a concretização do direito penal moderno, que teve esse princípio como um dos mais importantes avanços. Nas legislações contemporâneas, surgidas após a guerra mundial, a pena de morte deixou de ser aplicada, revelando-se em algumas dessas como uma proibição. Isso pode ser explicado através da afirmação de Hans Jescheck que diz que o princípio da humanização das penas deve basear todas as relações sociais dos indivíduos e das sociedades que são reguladas pelo direito penal, logo a pena de morte, por ir de desencontro a esse princípio, não poderia estar presente nas constituições contemporâneas<sup>37</sup>.

36. LUISI, Luiz. In. *Os princípios Constitucionais penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 46-51.

37. JESCHECK, Hans Heirich. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 1990, p. 98.

Segundo a visão humanística do direito, a pena de morte significa a antecipação do fim da vida, porém se esta é da essência humana torna-se inexplicável a retirada da mesma. Miguel Reale afirma que ao aplicar a pena de morte o Estado atinge o interior da pessoa humana, tornando-se equivalente ao alcance do fim da ética, sendo esta última anterior à falência física<sup>38</sup>.

No Brasil, a penal de morte esteve prevista no código criminal de 1830 durante o império de Dom Pedro II, porém após um incidente ocorrido com o fazendeiro Mota Coqueiro, o imperador deixou de aplicar a pena de morte, substituindo-a pela prisão perpétua. Isso ocorreu após a morte de Coqueiro, quando ficou provado que o condenado não havia sido o autor do crime que lhe fora atribuído. Durante a república brasileira, existiram muitas constituições, porém apenas uma delas não tratou a pena de morte como proibição, esta foi a constituição de 10 de novembro de 1937, durante a Era Vargas, uma constituição que fora outorgada pelo próprio, e que era extremamente influenciada pelas ideologias dominantes da época: O fascismo e o nazismo. Nessa constituição a pena de morte era prevista como sanção para crimes inseridos na legislação penal militar, quando estes fossem cometidos durante período de guerra. Durante o regime militar brasileiro, a pena de morte não estava presente como uma norma proibitiva, sendo comumente utilizada.

O princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação

---

38. LUISI, luiz. *In. Os princípios Constitucionais penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 190-191.

de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana. Atualmente, pensa-se que caso fosse inserida a pena de morte na legislação brasileira estaria havendo um retrocesso nos princípios democráticos já implantados e pregados pela mesma, pois o combate a criminalidade é feito através de sanções legitimadas pela ética e através da fiscalização efetiva.

A partir do século XIX, quando o princípio da humanização das penas já era bastante conhecido, começou a haver uma maior preocupação e investigação sobre os sistemas carcerários mundiais. Essa preocupação passou a ser notadamente realista quando começou-se a aplicar a religião, a educação, o treinamento industrial, cuidados médicos, recreação e o livramento condicional nesses sistemas carcerários. Thomas Mott Osborn foi quem inaugurou primeiramente esse novo movimento, defendendo a importância dos réus. Posteriormente o *Federal Bureau of Prisons* dos EE.UU. adotou este mesmo critério, colocando os condenados alojados de acordo com os tipos e graus de crimes cometidos pelos mesmos. Com o desenvolvimento de uma maior preocupação com a humanização dos criminosos, surgiu na Inglaterra em 1936 o primeiro presídio aberto, isso ocorreu devido a resultados de investigações que apontaram vantagens aos condenados que estavam nesses locais, contribuindo para a ressocialização destes. Segundo José Augusto Delgado, alguns dos resultados dessas investigações foram:

A saúde física e mental dos prisioneiros, que não eram tão fortemente abaladas nos presídios aber-

tos. Houve também uma maior aproximação entre as condições das prisões abertas com o gênero de vida normal dos sentenciados, diminuindo, assim, o conflito determinado pela segregação total do agrupamento humano. A disciplina se tornou mais fácil de ser mantida nesses presídios, por ser elevado o grau de obediência. As tensões da vida penitenciária normal se atenuaram, surgindo, conseqüentemente, um relacionamento mais produtivo. As relações de confiança entre os detentos e destes com as autoridades administrativas aumentaram e estabeleceu-se um clima de conduta que conduza a condições favoráveis e a um desejo de readaptação<sup>39</sup>.

Uma instituição penitenciária que adote o sistema de carceragem aberto, segundo foi publicado na revista brasileira de criminologia e direito penal, deve ter: Medidas preventivas contra fugas, mas estas não devem ser baseadas em obstáculos materiais. A intenção desse sistema não deve ser a imposição de medo ao detento, mas sim fazer com que este possua responsabilidade pessoal, para a sua futura readaptação social, dada através de organismos de caráter educativo, social e profissionalizante, pois o desenvolvimento do trabalho pelos detentos é a melhor forma de ajudá-los na reeducação e readaptação. O superpovoamento das prisões abertas é um problema que deve ser evitado, pois inibe o conhecimento individual de cada prisioneiro pelos funcionários, estabelecendo-se assim uma distância desfavorável para os métodos empregados.

Em 1947 foi criada a Sociedade Internacional de Defesa Social, responsável pela realização de estudos e discussões acerca da forma de tratamento do

---

39. DELGADO, José Augusto. *Humanização da pena: um problema de direito penal*. BDjur. Natal-RN. jul. 1997. p. 32-38.

condenado nos presídios<sup>40</sup>. No Japão em 1970 ocorreu o IV Congresso sobre a “prevenção contra o crime e tratamento do criminoso”, que culminou, com a aprovação dos países participantes, na necessidade de utilização dos princípios humanos e sócias para tratar os delinquentes e prevenir a ocorrência de crimes. Órgãos especiais da ONU, que possuem poder de sobreposição às organizações nacionais, também vêm realizando congressos para discutir o tema. O intenso estudo da Criminologia e o aparecimento de novas praticas, anti-sociais levaram a que fosse fundado, em 1969, no Canadá, um Centro Integrado Internacional de Criminologia Comparada surgido do acordo entre a Sociedade Internacional de Criminologia, a Universidade de Montreal e as Nações Unidas, além da UNESCO. Até os dias atuais, do referido centro tem saído valiosas contribuições para a política a ser adotada no tratamento do delinqüente. Do trabalho integrado do Centro já há a defesa de muitos aspectos como a análise detalhada da reação da opinião pública em relação ao comportamento do delinqüente e o seu tratamento pelo Estado, pois o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reabilitação moral dos prisioneiros.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos presos “o respeito a integridade física e moral (artigo 5º, XLIX), vedando a aplicação de pena de natureza cruel e degradante (artigo 5º, XLVII, e). Também em seu artigo 1º, III, declara-se que constitui fundamento do Estado democrático a dignidade da pessoa humana, proibitivo, dentre outras coisas, da adoção

---

40. DELGADO, José Augusto. *Humanização da pena: um problema de direito penal*. BDJur. Natal-RN. jul. 1997. p. 42-47.

de penas que, por sua natureza ou modo de execução atentem contra esse postulado, envilecendo o cidadão infrator ou inviabilizando definitivamente a sua reinserção social ou, ainda, submetendo-o a um sofrimento excessivo, proibitivo ,enfim, de penas desumanas ou degradantes<sup>41</sup>. Conseqüentemente a constituição veda de forma expressa a adoção de pena de morte (salvo no caso de guerra declarada), de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, mesmo porque claramente incompatíveis com uma sociedade que se pretende civilizada, são assim inadmissíveis, por atentarem contra a dignidade humana<sup>42</sup>.

### 3.2. Proporcionalidade

No livro “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy afirma que Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas<sup>43</sup>. Para Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, dividida em três máximas parciais: A máxima da adequação, a da necessidade e a das proporcionalidade em sentido estrito<sup>44</sup>. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma de-

41. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, parte geral*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris. p. 53.

42. Idem, *Ibidem*. p. 54.

43. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Vigilio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros. p. 117-118.

44. ALEXY, Robert. *A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade*. p. 116-120.

pende do princípio antagonônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos das leis de colisão. A máxima da necessidade define como a exigência de que o objetivo não pode ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo, decorrendo do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, pois as duas últimas máximas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Cezar Roberto Bitencourt também fala em seu livro sobre as três máximas parciais da proporcionalidade<sup>45</sup>. Para ele, a máxima da adequação é todo ato estatal que passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos pela Constituição Federal. A máxima da necessidade diz que o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende. E a máxima da proporcionalidade em sentido estrito diz que todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.

Denilson Feitosa Pacheco define muito bem o que são princípios, afirmando que estes ordenam que algo deve ser realizado na *maior medida possível*, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas;

---

45. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. parte geral 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva. p. 25.

portando, não contêm mandados *definitivos*, mas somente mandados *prima facie*<sup>46</sup>. O fato de um princípio valer para um caso não significa que, para este caso, valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por outras opostas, sem determinar como resolver a relação entre uma razão e sua oposta, carecendo, assim, de conteúdo de determinação com relação aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. Para que haja razoabilidade ou justiça, deve haver certa igualdade ou equivalência axiológica entre o antecedente e o conseqüente da norma jurídica, caracterizando o princípio da proporcionalidade.

Na visão de Bitencourt, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados, e em alguns aspectos completamente identificados<sup>47</sup>. O princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial, da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum. Pois é exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, “a lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controla-

---

46. PACHECO, Denilson Feitosa. *Princípio da Proporcionalidade no direito processual Penal Brasileiro*. 2007. São Paulo: Lumen Juris. p. 68-69.

47. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral* 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva. p. 27.



dora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

O princípio da proporcionalidade se propõe a eleger a solução mais razoável para o problema jurídico concreto, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se afastar dos parâmetros legais. Este tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. Por força deste princípio, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Como bem ressalta Cesare Beccaria, para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime, devem-se contar ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime deveria produzir<sup>48</sup>. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica.

Segundo Luiz Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade tem no seu fundamento a ideia de

---

48. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores.p.87.

devido processo legal substantivo e de justiça<sup>49</sup>. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado ao sistema, assim fazendo justiça do caso concreto.

Ao se delimitar o conceito de proporcionalidade e adequá-lo a prática dos juízes, este princípio aumentará a sua objetividade e racionalidade quando aplicado aos direitos fundamentais. Essas reformulações da proporcionalidade e das espécies normativas compelem os atores jurídicos a explicitarem, em maior medida, as características fáticas, os pontos de vista normativos, as variantes semânticas e os critérios ponderativo-valorativos que influenciaram a decisão legislativa, judicial ou administrativa de intervenção em um direito fundamental. Pois, o Estado só tem o direito de limitar a liberdade individual enquanto for necessário para garantir a liberdade e a segurança de todos<sup>50</sup>.

Historicamente o princípio da proporcionalidade tem sua aparição mais concreta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789<sup>51</sup>, que em seu

---

49. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. revista, atualizado e ampliada. p. 372-373.

50. FELDENS, Luciano. *A constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 156.

51. Idem. p. 158.

art. 8º afirmava que a “lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”. Desde então, a proporcionalidade se apoiou no princípio da legalidade e passou a favorecer o sistema normativo como um todo. Luciano Feldens<sup>52</sup> afirma que um meio é considerado adequado quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado. Por isso, a proporcionalidade em *sentido estrito*, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto da ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões justificativas devem estar em adequada proporção. No Brasil, o princípio da proporcionalidade está sendo desenvolvido no Supremo Tribunal Federal, pois na relação entre direito e política, a Suprema Corte brasileira vem historicamente reservando sua legitimidade interventiva para casos onde a ofensa à proporcionalidade revela-se plenamente evidenciada.

Alexandre Bizzotto afirma que, sem sombra de dúvidas, a proporcionalidade é inquestionavelmente um valor constitucional, esta, por conseguinte, impulsiona todo o sentido interpretativo que se efetua em casos concretos<sup>53</sup>. Qualquer conclusão que viole o critério proporcional dos bens jurídicos, e negue o espaço que cada bem jurídico ocupa, é acompanhada da desconformidade constitucional. Sendo assim, é a proporcionalidade que abre as portas para que seja realizável organizar, de maneira justa, a melhor aplicação da tutela jurisdicional. O princípio da pro-

---

52. Idem. p. 161-162.

53. BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade. p.169-176.

porcionalidade aproxima a aplicação dos direitos fundamentais à normatividade jurídica, por estabelecer uma relação entre os valores, princípios constitucionais e normas do direito, sofrendo alterações impostas pela ética jurídica. A proporcionalidade mantém possível a busca utópica pela justiça material, combatendo o sistema penal pátrio, no qual não há imposição de penas sem a avaliação, observação e aplicação dos valores constitucionais.

Ao revés da maioria dos outros autores já citados, Humberto Ávila, a partir de reconstruções dos critérios implicitamente utilizados pelo STF destacou três acepções diferentes para entender a razoabilidade<sup>54</sup>. Ávila entende que razoabilidade e proporcionalidade são postulados e não princípios. A primeira das acepções trazidas por Ávila para entender a razoabilidade é equidade. Para ele, a razoabilidade, do ponto de vista da equidade, é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais e abstratas com as individualidades do caso concreto, às vezes apontando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, e outras vezes indicando em quais hipóteses o caso individual, em decorrência de suas peculiaridades, deixa de se enquadrar na norma geral. Ainda dentro da tipologia da equidade, Ávila entende que a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Uma interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria a restrição de algum princípio constitucional como, por exemplo, o do devido processo legal.

---

54. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. p. 164.

A segunda acepção é o princípio da Razoabilidade visto sob a perspectiva da congruência indica que deve haver uma sintonia entre as normas e as suas condições externas de aplicação. Para isso a razoabilidade exige uma causa real justificante para a adoção de qualquer medida. A terceira e última acepção é a razoabilidade sob a perspectiva da equivalência cuja exigência é baseada na relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Em outras palavras, deve haver uma proporção justa entre a medida e o critério adotado para atingir a finalidade dessa medida.

Humberto também define postulados normativos como normas de “segundo grau” que não impõem um fim ou um comportamento específico, mas estruturam o dever de realizá-lo. São descrições estruturantes da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivizar princípios e regras<sup>55</sup>. Desta forma, os postulados não se confundem com os princípios nem com as regras porque não buscam um “fim” nem estabelecem uma “conduta”.

Humberto Ávila também faz mais algumas considerações, para ele, a proporcionalidade como postulado estruturador da aplicação de princípios, que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita<sup>56</sup>. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicado. Sem o meio, o fim concreto e uma relação de causalida-

55. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 88-89.

56. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. p. 175.

de entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico. O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Analisando-se a pena de morte a luz dos estudos de Robert Alexy acerca do princípio da proporcionalidade, examinando-a nas três subdivisões propostas pelo já citado autor, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, obtêm-se algumas conclusões. Na primeira subdivisão, que é a adequação, se questiona se a pena de morte resolveria o problema da criminalidade, após os estudos dos diversos autores já citados nesse artigo chega-se a conclusão de que a pena de morte não resolveria o problema da criminalidade, já que sua aplicação, apesar de impor mais receio à população, não extingue os atos criminosos, que muitas vezes são praticados com o objetivo de alcance de um determinado fim, como por exemplo, a vingança, sem que o sujeito se preocupe com a posterior sanção. Na segunda subdivisão, a necessidade, questiona-se se há meio menos gravoso para a punição de crimes e controle da criminalidade.

Dessa forma, conclui-se que há meios menos gravosos de aplicação das sanções, como a privação de direitos e liberdade, logo a pena de morte continua a ser desproporcional, já que necessária é à medida que resolve o problema imprimindo o menor grau possível de sacrifício ao direito fundamental, que no caso seria a vida da pessoa humana. Analisando-se o último critério, o da proporcionalidade em sentido estrito, percebe-se que a pena de morte também desrespeita este item, pois nele questiona-se se a pena de morte compensaria ou não o grau de benefício que o réu teve

com a prática do delito, ou seja, a retirada da vida de alguém, através da pena de morte, não supre o mal causado às vítimas e seus familiares. Logo se chega à conclusão que a aplicação da pena de morte como sanção, com a finalidade de redução da criminalidade é desproporcional, conseqüentemente inconstitucional, já que o respeito ao princípio da proporcionalidade é de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

### 3.3. “*In dubio pro reo*”

Pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência teve sua origem no direito romano, através da regra do *In dubio pro reo*. *In dubio pro reo* é uma expressão latina que significa “na dúvida, a favor do réu”. Ela expressa o princípio jurídico da presunção da inocência, que é um Princípio do Direito Processual Penal que recomenda ao juiz, na incerteza quanto à materialidade ou à autoria da infração, absolver o réu. Segundo Ferrajoli, o conceito de verdade processual é fundamental e imprescindível na elaboração da teoria do processo, assim como pelos usos que dele são feitos na prática jurídica<sup>57</sup>. Caso este conceito seja desprezado haverá o surgimento de modelos penais puramente decisionistas, gerando uma incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional.

A verdade é uma expressão ideal e inalcançável, sendo sempre uma verdade não absoluta, mas sim relativa ao estado dos conhecimentos e experiências le-

---

57. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3. ed. revista. São Paulo: RT. p. 50-56.

vados em consideração para a sua obtenção. Por isso é impossível formular um critério seguro de verdade das teses judiciais, pois quando se afirma que algumas proposições são verdadeiras se diz que essas são verdadeiras pelo que sabemos sobre elas. A verdade processual também pode ser concebida como uma verdade próxima a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência, sendo um princípio regulador na jurisdição. A comprovação jurisdicional é obrigatória e deve ter um fechamento, se o caso não puder ser resolvido prevalece a hipótese que mais favorecer o condenado, caracterizando a aplicação do “In dubio pro reo”. Ferrajoli afirma que cada uma das hipóteses fáticas formuladas no processo pode ser desmentida por uma prova ulterior incompatível com aquelas, só até que, conforme outra regra jurídica, não intervenha a presunção legal da verdade da coisa julgada. Se o objetivo do juízo penal fosse alcançar as verdades objetivas das ciências, se utilizando do princípio do in dubio pro reo de maneira rigorosa, todas as condenações tornar-se-iam ilegítimas, paralisando a função judicial, devido ao caráter de incertezas da verdade processual. Ferrajoli também diz que isso poderia gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avalizar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas. A decisão judicial é tomada baseada em valores distintos do ‘verdadeiro’ e do ‘falso’, são valores que estão inteiramente confiados à escolha do juiz<sup>58</sup>. A decisão do juiz é controlada e vinculada, mas em tal caso, deve-se esclarecer sua natureza especí-

---

58. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3. ed. revista. São Paulo: RT. p.64-65.



fica, explicando as escolhas que igualmente intervêm na aceitação da verdade fática e da verdade jurídica, ademais dos critérios e das regras que as justificam.

Houve um caso no Brasil, durante o período imperial de Dom Pedro II, em que era legal a utilização da pena de morte como pena para determinados delitos, esta foi aplicada ao brasileiro Mota Coqueiro, que após a sua morte comprovou-se que não fora de sua autoria o crime pelo qual este havia sido condenado. Nessa situação o princípio da presunção da inocência baseado no *In dubio pro reo* não fora aplicado, gerando como consequência a morte de um inocente, e posterior substituição pelo imperador da pena de morte por prisão perpetua, para que a injustiça não se concretizasse novamente. Nesses casos, o princípio *in dubio pro reo* torna-se de suma importância para a concretização de um direito menos arbitrário, evitando que sejam tomadas decisões injustas, prejudicando o condenado. A pena de morte seria uma pena irreversível, e como consequente, estaria sujeita a erros, que quando desvendados e provados não poderiam ser corrigidos, já que a morte é irretroativa. Logo, existiria apenas a hipótese de reparações materiais para os familiares do condenado, não perdendo o caráter de injustiça.

#### **4. O CLAMOR PÚBLICO E AS POLÍTICAS CRIMINAIS DE COMBATE À VIOLÊNCIA: SOBRE A (DES)LEGITIMAÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL**

##### **4.1. Projetos de endurecimento penal e o clamor público pelo retorno da pena de morte**

É dispensável a sensibilidade para afirmar que existe um envolvimento emocional bastante claro no

que tange ao tratamento de questões sobre o retorno da pena capital, o endurecimento penal e as políticas sobre o tratamento do criminoso julgado. Nesse sentido, o historiador Eric Hobsbawn descreve que todo e qualquer político tem conhecimento desse sentimentalismo arraigado no cidadão que, racional ou não, clama pela punição do anti-social, do anormal, do desajustado, do que foge aos padrões estabelecidos para a garantia da ordem social<sup>59</sup>.

O sentimento de impunidade gera uma insegurança plena e assim, como consequência, faz-se nascer o desejo de políticas, teoricamente, rápidas, que punam com mais severidade, e que tragam a falsa impressão de dever cumprido para com o cidadão e o Estado. É mister analisar que antes mesmo de haver qualquer julgamento e condenação, no que antecede a elaboração e construção de presídios, há uma questão notavelmente histórica que influencia todos os atos descritos acima.

Há uma questão muito mais política no que tange a criminalização, presente no discurso de Juarez Cirino sobre a Criminologia Crítica, segundo o qual, existe uma realidade construída politicamente na atitude do legislador no positivamento de determinadas condutas, e agindo desse modo, ele acaba por escolher a clientela prisional. E é na escolha da referida clientela que fica claro a teoria do etiquetamento (do *labeling approach*), teoria que define que a origem do crime está no processo de criminalização, deixando mais do que manifesto o que se quer criminalizar, quem se quer criminalizar e estigmatizar como criminoso. Desse modo, Baratta versa que o *labeling approach* “parte da consideração

---

59. HOBSBAWN, Eric. 1995, p.335.

de que para se compreender a criminalidade deve-se estudar a ação do sistema penal, “que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (política, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)”<sup>60</sup>. Deixa-se também evidente a compreensão de que a discussão sobre as políticas de endurecimento penal e o retorno da pena capital é muito mais profunda do que se pensa.

Em conformidade com esse pensamento, Lôic Wacquant afirma que por mais que a repressão policial cresça, e tem crescido, ela se mostra sem resultados na política criminal, já que ela não tem poder de influência nos motores da criminalidade<sup>61</sup>.

Como descreve Alexandre Bizzoto, “o rigor penal excessivo salienta a seletividade do sistema penal, atingindo com imensa violência os mais fracos da cadeia criminal e deixando impunes aqueles que realmente contribuem para a proliferação da criminalidade”<sup>62</sup>, fazendo com que sempre haja um círculo vicioso envolvendo a realidade política construída, o criminoso “etiquetado”, a indignação causada pela impunidade e o desejo da sociedade de uma repressão violenta e imediata. Bizzoto também complementa que esse mesmo rigor penal é capaz de arquitetar crimes que se mostram mais violentos que os vistos anteriormente pela sociedade, uma vez que o temor da pena é visto como o menos influente dos quesitos sopesados na avaliação emocional que antecede a prática de um crime. Conclui Bizzoto, por tanto, que “quem chega a

---

60. BARATTA, Alessandro. 2002, p. 86.

61. WACQUANT, Lôic. 2001a, p.9.

62. BIZZOTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade. p.77-78.

decidir cometer uma violência não se importa com as consequências jurídicas, haja vista que o rompimento com as árduas barreiras dos valores que adquiriu na sua formação pessoal é fator muito mais relevante para os desígnios pessoais<sup>63</sup>.

Entende-se que aquelas mesmas pessoas que se encarregaram em positivar condutas e, conseqüentemente, estabelecer quem seria criminalizado, se prestaram também ao papel de verbalizar aquela estigmatização, criando uma simbologia em que traz o crime como uma falha única e exclusivamente do indivíduo, e não decorrente do processo histórico do Brasil. Desse modo, cria-se uma voz manipuladora que exige a todo tempo da sociedade que se puna o criminoso com rigor, ecoando entre as vozes dos cidadãos como um apelo ao Estado de modo infinitamente emotivo. Em função dessa força de manipulação, cria-se a impressão de que a sociedade anseia por uma justiça de forma absurdamente violenta e clama por isso, e a própria mídia tornou-se uma comprovação deste fato. A cada novo crime, cria-se uma pressão midiática que sufoca a todos exigindo a aceitação de uma voz que simula a unicidade de uma sociedade, um sensacionalismo que acaba por gerar cidadãos que mais poderiam ser máquinas copiadoras de discursos prontos. E é essa mesma voz manipuladora que influencia a existência do clamor público pelo retorno da pena de morte.

#### **4.2. Políticas criminais de endurecimento e a redução da violência**

O referido apelo social torna-se significativo ao ser explicitado por projetos de lei, a exemplo do PL

---

63. Idem, Ibidem. p.79-80.

1538/1973 que estabelece a pena capital para crimes de morte com seviciamento sexual e de outras providências. Esse projeto de lei mais tarde foi indeferido, com a posterior solicitação de retirada do projeto, nos artigos 115 do regimento interno, (DCN1 03 05 PAG 2339 COL 03) e depois arquivado<sup>64</sup>.

Também mostra o clamor público pela volta da pena capital o requerimento de Nelson Markezelli (PTB/SP), REQ 142/2003 CSPCCOVN, que demandou à comissão que requizesse ao Congresso Nacional a convocação do plebiscito sobre a pena de morte, também arquivado com a justificativa de ser antijurídico<sup>65</sup>. Ao analisar o conteúdo do referido requerimento, surgem questões de ordem reflexivas. Teria o Nelson Markezelli imaginado que a maioria dos cidadãos votaria a favor do restabelecimento da pena de morte? Teria ele pensado nas questões de grande profundidade que estão agregadas ao pensar no retorno dessa pena capital? Estaria ele colocando a si mesmo como o público que fora manipulado para exigir do seu envolvimento sempre sangue dos criminosos frutos da teoria da reação social (ou teoria do etiquetamento)?

Tem-se uma resposta afirmativa quanto ao envolvimento emocional de Markezelli, embora em expressões menos intimidatórias. Ao requerer a implementação de uma pena deste nível é necessário agregar um valor emocional muito grande, aquele mesmo desejo frustrado, referido por Bizzoto, de pu-

64. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?pidProposicao=193345>> Acesso em: 01 set. 2012.

65. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?pidProposicao=134462>>. Acesso em: 01 set. 2012.

nir com severidade o “etiquetado” criminoso<sup>66</sup>. Nesse sentido, pode-se ainda supor que Nelson Marquezelli esperava que a maioria dos cidadãos votasse no retorno da pena capital, se deferida, demonstrando o apelo emocional anteriormente citado.

Ainda sobre as demais reflexões históricas e sociais que tangem a pena capital e seus argumentos, tanto para negá-la como pena ou para acatá-la, é admissível a visão de que Marquezelli tenha agido de forma extremante estrita no que aborda suas questões e não tê-la aprofundado na sua forma devida, de modo que a parcialidade tenha tomado conta de suas considerações e o sentimento emotivo, seu guia. Dessa forma, percebe-se que não houve, por parte dessas políticas, uma preocupação com o estudo de forma *lato sensu*, mas uma tentativa de combate ao crime a qualquer custo.

É comum ainda, o fortalecimento do desejo de incorporação da pena de morte ao Código Penal em acontecimentos isolados, como foi o caso da morte de João Hélio no Rio de Janeiro em 2007. Com o abalo da sociedade diante de um crime cruel, surgem os sentimentos de ódio sobre o criminoso, desejo de vingança dos cidadãos por parte do Estado e o descontentamento com uma possível impunidade do crime e soltura do delinquente.

O mencionado abalo da sociedade pode ser explicado, ainda, por um sentimento de culpa, descrito por Salo de Carvalho, remetendo à obras de Freud e Nietzsche. Esse sentimento que pode ser provocado

---

66. BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade. p. 82.

por uma obstrução de desejos, explicados pelas teorias do complexo de Édipo<sup>67</sup> e teoria do recalque<sup>68</sup>, em que encontram-se submersos, sem adquirir visibilidade ou aparentando forma de mal estar, um estranhamento ao “assistir” um ato violento, seja ele na sua forma mais viva (realidade) ou ainda por televisões, noticiários, jornais, rádios. Carvalho completa que os estudos de Freud apontam que através desse sentimento de culpa que a civilização impede que os desejos obstruídos venham a se realizar no âmbito da realidade<sup>69</sup>.

O referido autor destaca que se interiorizado o sentimento de culpa, o indivíduo produzirá ressentimento e o futuro deslocamento da atribuição da culpa para um outro indivíduo, dessa forma, se torna aceitável para esse primeiro indivíduo e para a sociedade, de modo geral, que viva sob governos (ou instituições) com base em modelos vingativos direcionados à exclusão e eliminação daqueles estigmatizados pelos legisladores, aos quais as culpas são direcionadas. Fica-se evidente

- 
67. O conceito do “complexo de Édipo” foi criado por Sigmund Freud. Ele permite que o indivíduo, em sua infância, faça a transição dos domínios dos instintos e impulsos. Existe a hipótese desse indivíduo não conseguir realizar essas mudanças, que são fundamental na vida mental humana, e desse modo, enfrentar um processo de inquietação psíquica. Se, ainda, o indivíduo passar de forma tranquila por essas etapas do complexo de Édipo, haverá um mecanismo simbólico de castração e o esquecimento de lembranças “dolorosas” da sua infância.
68. A teoria do recalque trata-se de uma defesa pessoal do indivíduo. É um mecanismo universal e necessário, uma vez que a ação do recalque consiste no afastamento de certos elementos da consciência, mantidos em outra esfera, no inconsciente. Seus conteúdos são inacessíveis a esfera do consciente.
69. CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris. p. 223.

que o abalo emocional torna-se de grande valia para aqueles que dominam o cenário político<sup>70</sup>.

Ao diagnosticar o referido abalo emocional, alguns defensores do retorno da pena capital se utilizam dessa breve instabilidade social, concentrando-se a fazer comentários e comparações, discutindo os terríveis acontecimentos e discutindo propostas vingativas, estando a pena de morte presente nesse discurso. Em momento como esse, a sociedade não pensa, não reflete, não é dotada de discernimento suficiente, não discute criticamente e não se dá ao trabalho de analisar o contexto social envolvido daquela violência e da criminalidade. Dessa forma, o abalo emocional torna-se um fator de relevância na discussão da pena de morte. Deve-se haver uma breve reflexão, na qual se questiona o motivo de a pena de morte está em discussão, se houve um evento trágico que trouxe à tona essa discussão e o contexto que levou à acontecer um ato de violência terrível. Deve-se ainda ter em mente que interessa aos “criminalizadores” do processo que a sociedade julgue a parte fraca em questão.

Como aponta Alexandre Bizzoto, a política de combate ao crime sem uma preocupação maior com seu estudo, gera uma impressão simbólica da necessidade de um endurecimento penal, com políticas criminais mais rigorosas e leis ainda mais severas. Ao criar essa falsa impressão, um ciclo intermitente é fechado que, fatalmente, culminará em mais uma frustração coletiva. A partir dessa reflexão, tem-se uma

---

70. Idem, *Ibidem*. p. 224-225.



afirmação bastante clara: “O sistema penal reflete com picante perversidade o sistema social”<sup>71</sup>.

#### **4.3. A pena de morte à luz do minimalismo penal como forma de concretização dos princípios penais constitucionais**

Tendo em vista a realidade perversa do sistema penal e a forma como se apresenta a execução das penas, Beccaria adverte que “toda a severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua, e por conseguinte, tirânica”<sup>72</sup>. Não se pode querer que o Estado, o “poder” máximo, que atua em benefício dos seus cidadãos, repreenda de forma completamente incoerente aos seus princípios o indivíduo. Acaba por surgir, então, uma nova discussão sobre a proporção entre os delitos e as penas, a partir desse parâmetro, o órgão que aplica essas leis terá sempre de atuar de forma bastante racional, totalmente desvinculada da emoção, o que nem sempre acontece quando se trata na questão da aplicação de uma pena.

Ocorre uma imparcialidade, mesmo que por parte do Estado, ao discutir uma justa proporção entre as penas e os delitos, tornando o discurso meramente utópico e de difícil estabelecimento. É impossível cogitar a ideia de um legislador que consiga prever os acontecimentos futuros, desse modo, torna-se, também, quimérico imaginar que nenhum outro delito possa superar o grau de crueldade apresentado pelo anterior. Questiona-se, então, se o princípio da propor-

---

71. BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade. p. 82.

72. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores.p. 87.

cionalidade vai ser abarcado, tendo em vista uma situação hipotética de um delito no qual coube a ele a pena máxima, em que, futuramente ocorre um ainda mais violento, em que a aplicação da pena mostrar-se-á a mesma sentenciada anteriormente. Deve ainda pensar que “os suplícios mais cruéis podem às vezes acarretar a impunidade”. Afirmar isso parece alegar que já se pensa na falha do sistema penal brasileiro, mas, infelizmente, faz-se necessário esse adendo, partindo da realidade da ineficácia do supracitado sistema.

Para Beccaria, “a pena de morte não se apoia, assim, em nenhum direito. É uma guerra declarada a um cidadão pela Nação, que julga a destruição desse cidadão necessária ou útil”<sup>73</sup>. É possível ainda a reflexão de que a pena capital é anticonstitucional, e, por conseguinte, antijurídica, ao ter em mente que ela traz princípios e valores sociais que violam o direito à vida, tão venerado na Constituição. A grande questão é: seria cabível a hipótese de ser do papel do Estado o direito de aniquilar uma vida? Poder-se-ia acusar um cidadão de assassinato, mas não ao Estado, que punindo com a pena de morte, estaria fazendo o mesmo? É admissível pensar que um determinado cidadão queira a morte de um homicida, até por entender que o estado emocional está implexo nessas questões, mas pensar que o Estado, a noção máxima de racionalidade, tenha que agir assim, foge totalmente do conceito de Estado lógico e imparcial que se tem.

Como se sabe, dois grupos teóricos explicam o surgimento do Estado e sua finalidade. O primeiro que

---

73. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores.p. 91.

afirma que os Estados nasceram de formação natural ou espontânea, desse modo, nasceu-se o Estado de um ato involuntário para que se pudessem aproveitar seus benefícios. De maneira diferente na origem, mas semelhante na finalidade, o segundo grupo afirma que o surgimento do Estado se fez por motivo de contrato, gerando assim, um acordo de vontades de ordem voluntária. Para essa última teoria, entendia-se que os benefícios de estar compondo um Estado eram por vezes mais vantajosos que no estado inicial da sociedade, sem alguma instituição reguladora, assim como se mostrava a visão do primeiro grupo teórico<sup>74</sup>. Pode-se então perceber, que apesar do surgimento do Estado derivar de acordos de vontades ou não, o Estado veio a tornar-se uma instituição racional e imparcial, que não apresentar-se-ia em benefício de um, mas em favor da coletividade. Em função do conceito anteriormente citado, deve-se ter em mente que um dos principais fundamentos do Estado é a lógica da imparcialidade, não podendo, então, envolver-se de modo parcial, adquirindo características inapropriadas, como o sentimento emocional, ao levar em conta, também, de estar se tratando de uma instituição e não de um indivíduo. Dessa forma, revela-se incoerente o discurso sentimental da punição vingativa exercida pelo Estado.

Cesare Beccaria diz ser um absurdo que as leis, que são a expressão da vontade geral, que detestam e punem o homicídio, ordenem um morticínio público, para desviar cidadãos do assassinato<sup>75</sup>. Dessa forma, acaba por gerar uma contradição de ideias, existindo uma permissividade para o Estado com o direito de

74. QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. p. 62.

75. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 91.

matar e repreensão máxima ao indivíduo que tomar para si esse direito do Estado.

Para a punição dos delitos, Beccaria compreende que a privação da liberdade teria efeitos mais significativos do que produzidos pela pena capital. Em seu livro *Dos delitos e das penas* ele afirma que o frequente espectador diria a si mesmo “se eu cometesse um crime, estaria reduzindo toda a minha vida a esta miserável condição. Essa ideia terrível, assombraria mais fortemente os espíritos do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa obscura distância que lhe enfraquece o horror”<sup>76</sup>.

Por fim, o referido sugere que o legislador sábio procure fazer uma ponderação de equilíbrio, estabelecendo divisões principais na distribuição das penas cominadas aos delitos que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores crimes<sup>77</sup>. Desse modo, cabe ao legislador a busca desse comedimento para que haja um equilíbrio e não uma disparidade visando, então, a realização efetiva das penas, para que elas não acabem sem efeito, de modo que a impunidade seja o elemento guia do sistema penal.

Sobre a proporcionalidade, o autor moderno Paulo Queiroz diz ser o princípio mais importante de todo o direito e, em especial, do direito penal. Para o autor, tudo em direito penal toca no que trata da proporcionalidade das penas<sup>78</sup>. Desse modo, o princípio da proporcionalidade entendido por Robert Alexy como

---

76. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores. p.93.

77. Idem, Op. Cit., p.126.

78. QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. p.79.

mandado de otimização do respeito máximo, vai servir de base para princípios outros e clamando por penas proporcionais, acaba por pedir que se cumpram penas também mais humanas<sup>79</sup>.

Em consonância com o pensamento do autor contemporâneo Paulo Queiroz, Beccaria ainda aponta que além da pena ser proporcional, não se pode entender a pena como uma forma de violência contra o cidadão, mas deve-se ter uma sanção essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas situações encontradas e proporcionais ao delito e determinada por lei<sup>80</sup>. Desse modo, torna-se necessário fazer referência ao princípio da taxatividade, que exige a existência de uma lei clara e determinada, anteriormente prescrita, não deixando dúvidas quanto ao que se quer punir.

Ainda sobre a proporcionalidade das penas, o supracitado autor assinala que pelo o Direito Penal significar a forma mais intensa de coerção na liberdade dos cidadãos, a sua intervenção só é cabível quando for para efetiva segurança de seus cidadãos, já que, segundo Montesquieu qualquer sanção que não derive de algum motive de necessidade, é tirânica<sup>81</sup>.

Por essa grande influência, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, define que a lei deve apenas estabelecer penas estritas e manifestadamente necessárias. Desse modo, estariam pregando a intervenção penal como a última medida da

79. QUEIROZ, Paulo apud ALEXU, Op. Cit., p.79.

80. BECCARIA, Cesare. Idem, Op. Cit., p.93.

81. QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. p.80.

política do Estado, tendo caráter subsidiário e fragmentário, apontando uma política em que o princípio de mínima intervenção estaria como preocupação maior. Esse princípio teoriza que o Direito penal só deveria intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, desse modo, as agitações mais leves seriam da importância de outros ramos do direito<sup>82</sup>.

Deve-se pensar ainda que o aumento da pena não tem relação direta com a redução da criminalidade, já que são inúmeros os fatores que circulam na intenção do crime, às vezes até inconscientemente.

A racionalidade para o entendimento de que cometer um ou outro delito, acarretará em uma pena maior ou menor, não aparenta ser um deles. É um tanto excêntrico pensar que um indivíduo iria consultar a dogmática penal e refletir se cometer determinado ato o levaria a alguns anos de privação de liberdade ou não. Não se tratando de uma premeditação, há fortes indícios de que o lado emocional colabora para a prática de determinado crime, e quando há essa colaboração, há grandes chances da validação da afirmação de que o medo da pena não estaria atribuído ao ato do crime.

O contexto social mostra-se como um fator muito mais agravante do que o tempo de reclusão estabelecido, mas não se nega a influencia do meio para a formação da personalidade, e, conseqüentemente, para o comportamento futuro do indivíduo, não se tratando do determinismo social descrito por Ferri. Desse modo, torna-se claro que o endurecimento da pena não apresentar-se-ia tão eficaz quanto às medi-

---

82. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 59-60.

das socioeducativas, que visassem a melhoria do sistema educativo de base.

Para Lôic Wacquant, o Estado prefere fazer políticas que criminalizem as consequências da miséria do que de fato operar visando à realização plena da diminuição da criminalidade<sup>83</sup>. Por esse mesmo motivo, tem-se em vista a preferência do Estado de medidas que não solucionem, mas que sejam rápidas, ainda que nem sempre eficazes.

Alessandro Baratta ressalta o alto grau de seletividade do sistema penal, no qual tudo está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares da sociedade, previamente criminalizada no positivamento de condutas pelo órgão legislativo<sup>84</sup>. Essa afirmação torna-se clara ao se pensar nos componentes da população carcerária brasileira, mostrando-se em sua maioria de classes menos favorecidas, pobres, sem ter acesso à educação e sem um futuro pela frente. Desse modo, Baratta aponta que “o sistema penal não é apto para proporcionar uma defesa mais eficaz dos direitos humanos, pelo fato de que sua intervenção está estruturalmente limitada à formulação de respostas sintomáticas aos conflitos no lugar e no momento em que esses se manifestam dentro do sistema social”. Dessa forma, o direito penal tem atuado apenas para sanar as consequências de um problema de dimensões gigantescas, e como conseqüente, tem sido ineficaz para a resolução do problema-base e também histórica do Direito.

83. WACQUANT, Lôic. Punir os pobres. p. 27-28.

84. BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo*. Tradução de Francisco Bissoli. Florianópolis, 2003. p. 4-5.

Infelizmente, sabe-se que o sistema carcerário brasileiro é precário e as políticas criminais brasileiras não tem funcionado de forma decisiva para a redução da criminalidade, sabe-se ainda que essa população carcerária só tem aumentado e o Estado não consegue trazer medidas que solucionem de fato esse problema. Como acusa Ferrajoli “a pena privativa de liberdade funciona como escola de delinquência e de recrutamento da medida organizada”<sup>85</sup>. Nota-se ainda que o sistema carcerário brasileiro não consegue fazer com os sentenciados saiam dela recuperados e aptos para o retorno à sociedade, por não apresentar um sistema adequado direcionado a recuperação do preso, sendo apenas um depósito de infratores da lei, servindo, de fato, como uma escola do crime e trazendo sentimentos de vingança e de revolta à tona.

Pinho diz ser utópico pensar que o recrudescimento de penas e a busca por culpados possa significar que se conseguirá construir um Direito Penal mais forte e mais eficaz<sup>86</sup>. Desse modo, poder-se-ia então, pensar noutras políticas criminais capazes de garantir a eficácia do sistema penal, buscando a compreensão de que não existem criminosos incorrigíveis, mas criminosos não corrigidos, segundo análise feita pela Escola Correccionalista desenvolvida na Espanha.

De acordo com a referida perspectiva da Escola Correccionalista, o uso de medidas minimalistas seria a mais efetiva maneira de reerguer o sistema penal. O minimalismo prega a descriminalização ou desencar-

---

85. FERRAJOLI, Luigi. 2002, p. 330.

86. PINHO, Ana Cláudia Bastos. 2005, p.01. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4087/o-mito-da-eficacia>>. 01 set. 2012.



ceramento com a afirmativa de que o Direito Penal só deve se ocupar de punir as condutas mais relevantes e, na medida do possível, dever-se-ia substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, ou ainda, medidas alternativas. Desse modo, a pena de morte mostrar-se-ia incoerente com essa política criminal, no qual, para os crimes de menor relevância seriam descriminalizados ou receberem penas alternativas, ao passo que os crimes que demandem uma maior importância para Direito Penal seriam sentenciadas as penas privativas de liberdade, sendo elas o ápice de sanção por parte do Estado.

Dalmo Dallari afirma que “a pena de morte embrutece a todos os envolvidos em sua aplicação e sua execução contra inocentes é irrevogável”, podendo até fazer uma breve referência à morte injusta que Manuel da Mota Coqueiro teve, em que, se fosse aplicado o princípio *In dubio pro reo*, tal erro não teria acontecido, visto que qualquer dúvida seria motivo de investigação, e um possível adiamento ou cancelamento da pena, beneficiando, nesse caso o réu. Dallari complementa que a pena capital “é apenas punitiva e nunca consegue restabelecer a situação anterior à do crime cometido”, sendo apenas uma forma da sociedade cultivar o sentimento de vingança, fazendo com que seja uma forma de usar a pena como um instrumento de retribuição, mencionado pela Escola Clássica Penal, em que a sociedade devolve a violência do criminoso com mais violência, fazendo com que esse ciclo se perpetue<sup>87</sup>.

Dallari constata que não houve diminuição da violência nos países que adotaram a pena de morte.

---

87. DALLARI, Dalmo. 2004, p. 01.

Ele completa, inclusive, que nos Estados Unidos da América, onde alguns estados adotam a pena capital, o índice de criminalidade é um dos mais altos do mundo”. Não sustentando, desse modo, que a implementação da dessa pena como razão de diminuição da criminalidade, além dos demais fatores anteriormente citados<sup>88</sup>.

Tendo em vista o contexto brasileiro de criminalidade e violência, a pena de morte seria utilizada ainda para punir pessoas que sempre foram “castigadas” pelo Estado com a falta de assistência, educação de má qualidade, má condições de saúde, moradia e sem perspectivas inserção no mercado de trabalho usual, salvo exceções daquelas pessoas emocionalmente abaladas e, temporariamente, irracionais, e aquelas pessoas patologicamente ditas como perversos, por exemplo. Questiona-se então se a implementação da pena capital no Brasil seria legítima, dada a falibilidade do sistema penal e a corruptibilidade de seus representantes.

Sobre, ainda, a atual situação brasileira da criminalidade e da violência, a política criminal Minimalista, defendida por Zaffaroni<sup>89</sup> e Baratta<sup>90</sup>, mostra-se em conformidade com valores e princípios constitucionais ao manifestar a humanização das penas, com medidas que giram em torno de penas restritivas de direito e penas alternativas para crimes de menor relevância, e em casos extremos, de maior importância ao direito Penal, penas de privação de liberdade, não

---

88. Idem, *Ibidem*.

89. Cf. ZAFFARONI. *Criminologia e Política Criminal*.

90. Cf. BARATTA. *Coleção Pensamento Criminológico*, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.

suportando a ideia de caber ao direito penal o homicídio praticado pelo Estado.

Desse modo, o minimalismo revela-se em consonância com o princípio da proporcionalidade das penas, ao trazer uma preocupação com o nível de relevância das penas, com o princípio da humanização das penas, ao afirmar que o condenado não perde sua condição humana, negando, portanto, a hipótese de ter uma pena de morte contra esse mesmo condenado, traindo, assim, o princípio anteriormente citado; e, ainda, tem relação com o princípio *In dubio pro Reo*, manifestando o desejo de que haja a concretização do justo, não deixando perpetrar a injustiça com a condenação de um inocente, estando interligado com o princípio da legalidade, em que visa-se a realização daquilo que está prescrito por lei, e, conseqüentemente, princípio da taxatividade, anteriormente explicado.

Enquanto ainda se tiver uma postura preconceituosa sobre a pena de morte, será inútil ouvir um público que não sabe como discutir e argumentar sobre o retorno dessa pena. Enquanto ainda a sociedade estiver sob os apelos midiáticos com notícias manipuladas sobre cenas de delinquências hediondas e sem se preocupar em refletir sob o contexto em que se insere o crime, é impraticável pensar numa discussão sobre o tema e a ausência do envolvimento emocional nesses casos. É compreensível, então, cenas com apelos desnecessários sobre a volta da pena capital e o clamor público com a exigência do retorno da mesma.

Faz-se por necessário o entendimento profundo por parte dos cidadãos sobre o que tange essa dura pena e políticas mais humanizadas por parte do Estado. Deve-se ainda saber que apenas esses dois motes

não tem como fundamento máximo a cura de todos os problemas que cercam a atual situação brasileira no Direito Penal, na criminalidade e sobre a violência. São apenas medidas que tentam resolver as consequências que surgiram por políticas antigas e que ainda revelam-se presentes nos dias atuais.

Apesar do clichê, deve-se ainda ter consciência de que a política fundamental seria aquela que visasse à redução da criminalidade com medidas de base no sistema brasileiro, com uma educação de qualidade para todos os grupos da sociedade, saúde, moradia adequada e políticas que dirijam-se a inserção no mercado de trabalho qualificado. Infelizmente, sabe-se que não é uma medida fácil e da colaboração da minoria que se encontra no poder, sendo desse modo, até utópico pensar dessa maneira. Pensando então na falibilidade da última afirmação, volta-se afirmar, então, que a opção mais plausível seria a que aplicasse a política criminal, de acordo com as observações mencionadas anteriormente. Como aponta Alexandre Bizzoto:

Pode ser afirmado com entusiasmo e sem medo de ser feliz que a conduta da política criminal em nível de generalidade estatal é a principal esperança para que seja traçado um sistema penal mais justo e repleto de mecanismos imprescindíveis para que a sociedade não fique desestabilizada e despida de reações organizadas e criteriosas no tratamento da criminalidade<sup>91</sup>.

Fazendo, então, com que o motor não pare e continue com a cíclica tensão entre o crime, a revolta, o medo, entusiasmo e a esperança.

---

91. BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade. p. 89.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos expostos, pode-se observar que:

- A. Apesar da mudança de pensamento com a contemporaneidade, a pena de morte continua, ainda, a ser aplicada em lugares como: japão e alguns estado do Estados Unidos da América. No Brasil, a pena de morte é aplicada apenas em tempo de guerra, porém houve um retrocesso da legislação que regula essa pena, no que tange ao número de crimes punidos com a pena capital;
- B. Analisando a pena de morte a luz do principio da humanização das penas, esta é inconstitucional, pois fere a dignidade da pessoa humana, já que esta leva a perda por parte do réu do seu bem jurídico mais relevante, ou seja, a antecipação do fim da vida. Alguns autores sustentam que a aplicação da pena de morte seria equivalente ao fim da ética. O princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, está nas normas asseguradoras de direitos dos condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana, assim como na proibição da criação de um ordenamento jurídico que gere um temor no psiquismo dos agentes sociais. a Constituição Federal assegura aos presos o respeito a integridade física e moral, vedando a aplicação de pena de natureza cruel e degradante;
- C. Ao estudar o principio do *in dubio pro reo*, relacionando-o com a pena de morte, chega-se a mesma conclusão do principio anterior, na sua

inconstitucionalidade. O princípio do *in dubio pro reo* prega a presunção da inocência do réu em casos de dúvida, porém se a pena de morte fosse adotada este princípio seria ferido, já que não se pode obter nenhuma certeza absoluta. Devido ao caráter irreversível da pena de morte, em caso de comprovações posteriores a execução, da inocência do acusado nada poderia ser feito, logo ferindo-se explicitamente o princípio então analisado;

- D. Analisando por último o princípio da proporcionalidade, obtém-se as mesmas conclusões anteriormente já citadas. A pena de morte fere o princípio da proporcionalidade, pois este se propõe a evitar sanções abusivas e escolher a solução mais adequada ao caso, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se afastar dos parâmetros legais. A pena de morte não é compatível com este princípio, pois sua aplicação é desproporcional a qualquer crime que tenha sido praticado pelo réu, devido principalmente à quantidade excessiva de princípios que são feridos por esta e o desrespeito a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana;
- E. Não se pode fazer uma análise puramente objetiva no que tange as discussões sobre o retorno da pena de morte, mas deve-se atentar para os elementos subjetivos que rodeiam a questão, tal qual, a importância do contexto histórico para o entendimento da questão;
- F. Ao deixar de lado o estudo sobre as políticas de combate o crime, faz-se nascer uma impressão

simbólica da necessidade do endurecimento penal, um apelo à população que fatalmente culminará em uma frustração coletiva com a não resolução da questão;

- G. Tendo em vista o conceito de Estado, não se pode querer que o mesmo tenha postura essencialmente passional, abominando e punindo com severidade quem pratica um homicídio e sendo o próprio um outro praticante;
- H. A pena de morte traz um aspecto vingativo do Estado, demonstrando ser incoerente com o sistema voltado para a recuperação do cidadão e trazendo, novamente, características humanas para um instituto racional e imparcial;
- I. O minimalismo mostra-se em consonância com os princípios constitucionais mencionados, tornando-se a melhor alternativa para o estudo das formas de combate à violência, e como consequente, a melhor política criminal para o sistema Brasileiro, em especial, no tratamento de questões sobre o retorno da pena de morte.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução: Vigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade*.
- ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Gráfica e Editora Junior, 1987.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. revista, atualizado e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*. Goiânia: Cultura e Qualidade, 2003.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.
- DELGADO, José Augusto. *Humanização da pena: um problema de direito penal*. BDjur. Natal-RN. jul. 1997.
- FELDENS, Luciano. *A constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios Constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2001.
- PACHECO, Denilson Feitosa. *Princípio da Proporcionalidade no direito processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. v 1. – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. v 1. – parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WACQUANT, Lïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.



# Capítulo IV

Danos morais em  
responsabilidade civil: análise  
hermenêutica demonstrativa  
da confluência da moral e do  
direito e dos topoi jurídicos e  
extrajurídicos atrelados ao  
dano moral no STJ

**Camila Vasconcelos Magalhães Andrade**

Aluna da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 5º semestre.

E-mail: [camila.mag@hotmail.com](mailto:camila.mag@hotmail.com)



# Danos morais em responsabilidade civil: análise hermenêutica demonstrativa da confluência da moral e do direito e dos *topoi* jurídicos e extrajurídicos atrelados ao dano moral no STJ

**Resumo:** O intento deste artigo é analisar os argumentos norteadores da configuração de dano moral decorrente de responsabilização civil no Brasil. Para o entendimento do tema, serão abordadas decisões judiciais ocorridas no mês de fevereiro de 2012 no STJ, expondo suas premissas jurídicas e extrajurídicas; as finalidades do dano moral no referido eixo metodológico e a evolução de sua concepção em sede doutrinária. Na realização deste artigo foi utilizada a exposição da doutrina especializada, com destaque para as obras “O conceito de direito”, de Hart, “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil — Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos”, do professor Schreiber, “Programa de Responsabilidade Civil”, de Cavalieri, “Responsabilidade Civil”, de Carlos Roberto Gonçalves e “Danos à Pessoa Humana — Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, de Bodin de Moraes.

**Palavras-chave:** Dano moral. STJ. Indenização. Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva. Justiça. Discricionariedade. “Mero dissabor”.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Fundamentação teórica acerca do dano moral: 2.1. Concepções do dano moral na doutrina brasileira e a impossibilidade de uma conceituação estática; 2.2. Dano moral atrelado à responsabilidade civil e seu caráter ou finalidade; 2.3. O *topos* jurídico da ressarcibilidade do dano alegado e a incidência dos princípios para o arbitramento do *quantum* indenizatório — 3. Responsabilização civil do dano moral sob a perspectiva de Hart: 3.1. Análises de *topoi* extrajurídicos sob a concepção de Hart — racionalidade e sofrimento; 3.2. Alguns *topoi* ext.rajurídicos em Hart; 3.2.1. A racionalidade; 3.2.2. O sofrimento — 4.O dano moral no STJ: 4.1. Critérios valorativos e reparação integral; 4.2. O óbice da súmula 7 do STJ aos casos concretos em que figuram danos morais — 6. Considerações finais — 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Sgarbi tentou traçar um paralelo sobre a moral e o direito segundo a ótica de Hart (SGARBI, 2009, p. 103-145), objetivando a reunião de semelhanças e dessemelhanças dos referidos fenômenos. Em verdade, perceptível é que a concepção de Hart compreende que os conceitos de direito, coerção e moral são representativos de fenômenos distintos. No entanto, disso não se extrai que sejam eles indiferentes um ao outro. Pois, segundo o referido autor, são equivocadas as asserções que consignam ser impossível ter as regras jurídicas e as regras morais mesmo conteúdo.

Assim, restringe-se a temática do presente texto para as transgressões inseridas no contexto da

abrangente (e polissêmica) moral que perpassa a ordem jurídica, ensejando o dano moral decorrente de responsabilização civil.

Atentando para a ampliação da ressarcibilidade dos danos, como preleciona Schreiber, é evidente que, como resultado direto do que intitulou de “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, remetendo à relativa perda de importância da culpa e do nexos causal como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos, maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário (SCHREIBER, 2013, p. 83).

Tal abordagem coaduna-se com a perspectiva da análise hermenêutica acerca da jurisprudência do STJ aqui analisada, pois a flexibilização enunciada por Schreiber, indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil.

A alteração em questão, decorrente de novo paradigma da responsabilidade civil, inserida aqui a responsabilização decorrente de dano moral, em verdade, passa a refletir “a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos” (Supra, p. 83).

Nesta linha de intelecção, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar, isto é, a culpa e nexos causal, perdem relevância em face de uma certa ascensão do elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação, a saber, o dano. (SCHREIBER, 2013, p. 83).

Sobre a referida análise hermenêutica sob a perspectiva de Hart, tem-se que o embate o dano moral decorrente de responsabilidade civil remete imediatamente à polissemia contingente na moral. Pois, como salienta Hart, a palavra “moral” e todas as outras que lhe estão associadas, possuem elas próprias uma considerável área de imprecisão ou de textura aberta. De modo que haveria certas formas de princípio ou de regra que alguns classificariam como moral e outros não. (HART, 2001, p. 182-183).

Por fim, direciona-se à análise dos *topoi* jurídicos e extrajurídicos contidos em argumentos de relatores do STJ sobre a categorização de dano moral, verificando o que de fato consiste em pretensão séria e fundada, separando-a do “mero dissabor” — expressão corrente para os relatores do órgão colegiado.

Ademais, denota a cisão aqui pretendida um plano de função análoga aos “filtros da reparação” preconizados por Schreiber em “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil — Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos”, pois a tendência atual da responsabilidade civil contemporânea, que não seria diferente em relação aos danos morais ensejados pela mesma, consoante metáfora de Atiyah é a “loteria das indenizações” (ATIYAH, 1997).

## **2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA ACERCA DO DANO MORAL**

### **2.1. Concepções do dano moral na doutrina brasileira e a impossibilidade de uma conceituação estática**

A doutrina frequentemente conceitua o dano moral de forma negativa, em oposição ao dano material



ou patrimonial. Procura-se, assim, categorizar o que seria o dano moral de forma residual.

Nesta concepção, Wilson Mello da Silva (MELLO DA SILVA, 1999), define os danos morais como lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, sendo este compreendido em contraposição ao patrimônio material. O patrimônio material denota o conjunto de tudo aquilo que não é suscetível de valor econômico. Entretanto, como salienta o Professor de Direito Civil da EMERJ, André Andrade, esta conceituação residual do dano moral, de nítida acepção negativa, não consiste numa correta compreensão do fenômeno, já que a definição do dano como ideia negativa muitas vezes é redundante e insuficiente, não explicando verdadeiramente seu conteúdo (ANDRADE, 2008, p.3).

Portanto, a partir de definições do que seria dano moral para autores como Carlos Alberto Bittar, Silvio Rodrigues, Antonio Chaves e Aguiar Dias, conclui Andrade que inobstante as definições dos referidos autores possuem em comum a identificação do dano moral com alterações de caráter negativo no estado anímico, psicológico ou espiritual do lesado, o dano extrapatrimonial não se confunde com a impressão que causa na mente ou na alma do mesmo. Ademais, tais estados psicológicos não constituem o dano em si mesmo considerado, mas sim suas consequências ou repercussões (ANDRADE, 2008, p. 4-5).

Por último, figura-se como concepção hodierna de dano moral aquela atrelada aos direitos da personalidade, pois, como disserta Cavalieri Filho, em razão do direito subjetivo constitucional à dignida-

de, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, a Carta Política deu ao dano moral nova feição e maior dimensão, já que a dignidade humana é base de todos os valores morais e cerne de todos os direitos personalíssimos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88).

Nesta linha de intelecção, encontra-se argumento comumente utilizado por Ministros do STJ para afastar presunções ilegítimas do que de fato configuraria dano moral. Assim, denominam tais presunções de “mero dissabor”, vide fragmento do relatório de acórdão em agravo especial publicado em primeiro de fevereiro de 2012:

Evidenciada a conduta ilícita da ré, presente está o dever de indenizar e, ao contrário do afirmado pela MAXIM, o fato acarreta dano moral indenizável. Os transtornos sofridos pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram como agressão à sua dignidade. Saliente-se que a frustração decorrente da dificuldade de utilização de veículo novo ultrapassa o mero dissabor. STJ, REsp 60866/RS; Resp (2011/0169074-1), DJ, 1-2-2012, p. 3, rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15-2-2011, 4ª Turma.

Em outro recurso em agravo especial, figura novamente a alusão ao “dissabor” e também ao “mero incômodo”:

Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo

a humilhação que, fugindo à normalidade, interferiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. STJ, REsp 1234549/SP; Resp (2011/0013420-1), DJ, 10-2-2012, p. 4, rel. p/ Acórdão Min. Massami Uyeda, j. 01-12-2011, 3ª Turma.

Evidente a contraposição do dano moral aos pequenos incômodos ou “meros dissabores da vida cotidiana”, reitera-se que as lesões a direitos personalíssimos que configuram o dano moral decorrem da proteção conferida à dignidade da pessoa humana — cerne do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta linha de inteligência, ressalta Carlos Roberto Gonçalves que, em deferência prestada à Constituição “não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos” (GONÇALVES, 2012, p. 492).

Ademais, explanada a concepção de dano moral como violação de direito personalíssimo, assevera Cavalieri Filho que tal categoria de direitos, contudo, englobaria outros aspectos da personalidade humana, ainda que vinculados de modo indireto à dignidade, o que denomina o autor como “novos direitos da personalidade”. Elencando algumas manifestações destes novos direitos, prossegue Cavalieri, estariam a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90).

Resulta da extensão aos direitos da personalidade de uma nova abordagem de dano moral, agora com-

preendido em sentido amplo, abrangendo todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, inobstante a violação direta à dignidade. No entanto, tal perspectiva conceitual não é isenta de crítica, pois há imprecisão semântica devido à polissemia do vocábulo moral, como enunciaremos posteriormente no tópico destinado a Hart. Assim, tece Andrade a abordagem de que:

Grande parte da dificuldade na aceitação da indenizabilidade da ofensa aos bens da personalidade independentemente da repercussão que essa ofensa produza no estado psicológico ou no espírito da pessoa reside na própria denominação a essa espécie de dano. O vocábulo ‘moral’ remete aos domínios do espírito humano, o que sugere que o dano moral seja aquele que invade e afeta esses domínios. Mais adequada, talvez, fosse a denominação de dano à pessoa, para assinalar a ideia de ofensa a algum dos atributos da personalidade (ANDRADE, 2008, p. 10).

Por fim, tem-se que o conceito de dano moral não se encontra estático, definido e acabado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que se encontra sob o influxo das dinâmicas transformações que perpassam a realidade fática e social e, por conseguinte, afetam o Direito. Dessa forma, aduz Andrade a emergência de uma perspectiva em que o dano moral seria um conceito inacabado, isto é, ainda em construção (ANDRADE, 2008, p. 38). Portanto, na conformação do dano moral, é tarefa do intérprete verificar casuisticamente interpretações em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal, de onde se originam os direitos da personalidade. Além disso, como anteriormente enunciado, com a evolução dos

direitos personalíssimos o conceito de tal modalidade de dano tende a ser ampliado e, com isso, visa-se alcançar situações ainda hoje não previstas em lei.

## **2.2. Dano moral atrelado à responsabilidade civil e seu caráter ou finalidade**

No que tange a relação do dano moral associada à obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil, doutrinariamente há a discussão da função ou finalidade do mesmo. Dessa forma, explicita Sergio Cavalieri que o ressarcimento do referido dano não tende à sua *restitutio in integrum*, compatibilizando-se mais a uma genérica função satisfatória que visa recompensar, de alguma maneira, o sofrimento oriundo da lesão ao direito personalíssimo. Portanto, é nítida a substituição da perspectiva da equivalência comum ao dano material em detrimento da compensação, objetivando atenuar, ainda que indiretamente, as consequências do dano moral. Contudo, salienta o autor, não se pode perder de vista a necessidade de imposição de uma pena ao agente causador de tal dano, para que não reste impune a infração e desestimular condutas semelhantes. Acresce que a indenização, neste caso, funcionaria também como espécie de pena privada da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 91).

Em compatibilidade com a função satisfatória do dano moral, encontra-se a posição assumida pela Ministra Nancy Andrighi em recente decisão, salientando que a indenização por dano moral deve assegurar ao lesado justa reparação pelo dano causado, afastando-se do enriquecimento ilícito:

“Dessa forma, considerando que os danos morais servem como espécie de recompensa à vítima e efei-

to pedagógico ao causador do dano [...], assegurando ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito”. STJ, REsp 1191428/PA; Resp (2010/0073174-3), DJ, 01-2-2012, p. 7, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 15-12-2011, 3ª Turma.

Além da função satisfatória, coaduna-se com o argumento da Ministra o entendimento de Gonçalves, segundo o qual tem prevalecido doutrinariamente a acepção de que a reparação pecuniária do dano moral possuiria duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Neste diapasão, atuaria a indenização, na perspectiva da compensação, como lenitivo atenuante do sofrimento havido. Em contrapartida, também consistiria numa sanção ao lesante, atuando, deste modo, como verdadeiro elemento de desestímulo, com o fito de evitar novas práticas de atos lesivos aos direitos personalíssimos de outrem (GONÇALVES, 2012, p. 504).

Sobre a busca por uma reparação proporcional ou compensatória, com o fito de mitigar as consequências do dano moral, Agostinho Alvim aduz que ainda que nos contentemos com a finalidade compensatória, atribuída ao dinheiro em tais casos, restaria sempre a dificuldade da estimativa ou avaliação da dor, para o efeito da fixação do quantum. (AGOSTINHO ALVIM, 1972, p. 235).

Sobre o “desestímulo” acima referido pelo Gonçalves, há filiação por parte de outros Ministros do STJ que remontam à “finalidade pedagógica” ou caráter pedagógico do dano moral, como na ementa do seguinte acórdão:

A inclusão indevida do nome do autor no SPC gera a obrigação de indenizar por danos morais, cujo va-

lor deverá ter o **caráter punitivo** e compensatório. A indenização tem **caráter pedagógico** e deve ser arbitrada levando-se em conta a condição sócio-econômica das partes. (*grifos nossos*). STJ, AgRg no Ag 1368202 / MG, (2010/0201589-8), DJ, 01-2-2012, p. 1, rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-12-2011, 4ª Turma.

O caráter ou finalidade pedagógica da indenização por danos morais denota um desestímulo a novas agressões aos direitos personalíssimos. Em verdade, figura como reprimenda ao causador do dano moral e dissuasão a todos os agentes sociais que eventualmente adotem condutas semelhantes, isto é, lesivas aos direitos personalíssimos.

Ademais, há de se esclarecer o caráter punitivo da indenização por dano moral. Na lição de Sergio Cavaliere Filho, doutrina e jurisprudência, com algumas exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106).

Segundo Schreiber, oriunda do exemplo norte-americano dos *punitive damages*, a indenização decorrente do dano teria finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente compensar os danos sofridos. Saliêntia o autor que o que assume caráter punitivo não é o dano, mas a indenização a que se condena o seu autor, sendo mais correto, portanto, a expressão “indenização punitiva”.

Todavia, tais danos ainda são tema controvertido no ordenamento jurídico pátrio, pois, tem-se que no Brasil, assim como em outros países de tradição romano-germânica, “vive-se situação anômala, na

qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral” (SCHREIBER, 2013, p. 211). Assim, não obstante grande parte das cortes brasileiras tenha albergado o duplo caráter do dano moral (vide posicionamento de Gonçalves, anteriormente citado), a prática reiterada dos tribunais tem aplicado, na sua quantificação, critérios eminentemente punitivos, como informa Schreiber, sob o influxo teórico de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p. 217-225).

Nesta linha de intelecção, tem as cortes se referido usualmente a quatro critérios, a saber: a gravidade do dano; a capacidade econômica da vítima; grau de culpa do ofensor; e capacidade econômica do ofensor. Como denunciado por Bodin de Moraes, conforme anteriormente exposto, os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor (SCHREIBER, 2013, p. 212).

Em crítica de Schreiber, figura-se que além do fato de os “danos punitivos” serem contrários ao cenário atual da responsabilidade civil, condizente com a solidarização da reparação de danos, tem-se que:

“A incorporação dos *punitive damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio da proibição ao enriquecimento sem causa — já que a quantia paga a título de punição, vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima —, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais



próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis” (SCHREIBER, 2013, p. 213).

Diante de tais explanações, segue análise sobre a premissa jurídica da ressarcibilidade do dano moral alegado e a possibilidade de incidência dos princípios para o arbitramento do *quantum* indenizatório.

### **2.3 O *topos* jurídico da ressarcibilidade do dano moral alegado e a incidência dos princípios para o arbitramento do *quantum* indenizatório**

Transcendendo a discussão acerca do caráter do dano moral, há de se discutir a sua “indenizabilidade” ou “ressarcibilidade”, a saber: *topos* ou premissa normativa que entrelaça o ato lesivo a um *quantum* indenizatório.

Assim, segundo aponta Schreiber a consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, decorrente também da constitucionalização do Direito Civil, veio exigir de modo irresistível a ressarcibilidade, até então controversa no ordenamento jurídico brasileiro, do dano extrapatrimonial. (SCHREIBER, 2013, p. 90-91).

Em análise acurada sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil, tem-se que a ressarcibilidade trazida pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, veio a ampliar o rol dos danos indenizáveis, estando incluso nesta seara o dano moral.

Não obstante o exposto, o referido autor discorre sobre insuficiência da simples alusão à dignidade hu-

mana para configuração de dano, uma vez que nem o recurso à cláusula geral de tutela da dignidade humana nem as suas especificações mais comuns têm se mostrado idôneas a figurar como critério de forma direta e definitiva para a seleção dos interesses merecedores de tutela.

Todavia, não almeja Schreiber um retrocesso, visando a limitação da tutela da personalidade. Em verdade, apenas conclui que o recurso exclusivo ao referido valor constitucional não legitima e não desautoriza pedidos de ressarcimento de danos não patrimoniais. Por fim, ressalta que a alusão “descomprometida” e sem critérios à dignidade humana é demasiado perigosa, pois enseja e perpetua a banalização das demandas judiciais por danos morais, configurando o que metaforicamente denominou-se “indústria dos danos morais” (SCHREIBER, 2013, p. 128).

Consoante à insuficiência da simples alusão à dignidade humana para a caracterização do dano, tem-se fragmentos jurisprudenciais do STJ publicados em fevereiro de 2012 em que figura-se tentativa de esboço de uma delimitação para a conformação do *topoi* jurídico da ressarcibilidade do dano moral configurado. Assim, orienta-se a jurisprudência no sentido de considerar:

O dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), aos direitos de família (resultantes da quali-

dade de esposo, de pai ou de parente), causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico. STJ, REsp 1191875/SE.; Resp (2009/0217335-0), DJ, 03-2-2012, p. 6, rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Benetti, j. 06-12-2011, 3ª Turma.

A busca de indenizações milionárias e a utilização do instituto da responsabilidade civil como fonte de enriquecimento devem ser combatidas e veementemente repelidas, devendo ser o valor reduzido quando exacerbadamente fixado. STJ, REsp 78967/GO; Resp (2011/0188335-0), DJ, 09-2-2012, p. 1-2, rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Benetti, j. 02-12-2012, 2ª Turma.

Contudo, convive o dano moral em responsabilidade civil com outra dificuldade, pois não é tarefa das mais simples a seleção em concreto dos interesses tutelados.

Segundo Requião, sob o influxo teórico de Hart, nestas situações acredita o autor que as dúvidas deverão ser resolvidas por aquele que for responsável pela decisão *in concreto*. Assim, a realização de tal escolha se daria com o uso do poder discricionário, ainda que a decisão não possa ser arbitrária ou irracional (REQUIÃO, 2011, p. 105).

Em face da dificuldade traduzida na maior discricionariedade judiciária — raciocínio este que se mostra condizente com o pensamento problemático de Viehweg — argumenta Schreiber é indubitável, portanto, que a solução dos novos danos passa, necessariamente, por algum grau de discricionariedade judiciária. Tampouco se discute, atualmente, que os parâmetros normativos, ainda que insuficientes para a resposta definitiva à demanda específica, devem ser

levados em conta no exercício desta discricionariedade pelos tribunais.

O problema que se coloca, critica o autor, não é a determinação de critérios a seguir ou a eleição de um critério supranormativo que sirva de base de solução para todos os casos, mas, ao revés, o estabelecimento de como extrair dos parâmetros normativos a solução última do conflito de interesses em concreto, evitando tal atividade se reduza à mera subjetividade do juiz. Deste modo, questiona-se Schreiber — “Como estabelecer, à míngua de posicionamento legal suficiente, qual a área legítima de atuação, em concreto, de cada um dentre os interesses lesivo e lesado?” (SCHREIBER, 2013, p. 142).

Acresce que, o próprio autor nos sugere uma possível solução para uma evitar dúvidas frente às diversas normas legais, objetivando assim, adequada conformação da situação de fato à norma legal. Considerando a inegável força normativa dos princípios, tem-se que “a metodologia atualmente empregada na colisão de princípios constitucionais parece oferecer subsídio valioso na resposta a esta indagação”. (SCHREIBER, 2013, p. 142). E é o que tem sido feito pelos Ministros do STJ:

“Impõe-se o arbitramento do montante indenizatório que atenda aos **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, a fim de evitar o indesejado enriquecimento ilícito do autor, sem contudo, ignorar o caráter preventivo e repressivo inerente ao instituto da responsabilidade civil”. (*grifo nosso*). STJ, REsp 1218638/ RS; Resp (010/0196831-1), DJ, 01-2-2012, p. 2, rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, j. 13-12-2011, 4ª Turma.

Por fim, ressalta-se a atividade de ponderação de interesses, explicitando que tais conflitos, não obstante ocorrerem em plano abstrato de análise, figuram hodiernamente em decorrência da atividade lesiva a direitos da personalidade, evidentemente pertencente à realidade concreta.

Portanto, emerge de tais explanações a noção elementar da compreensão do dano — inserido aqui no amplo contexto do dano moral — como elemento primordial da responsabilidade civil. Nesta linha de raciocínio, enuncia Schreiber:

Neste cenário, o dano não pode mais se identificar com uma lesão abstrata a um interesse merecer de tutela, conceito excessivamente amplo que se justificava apenas na medida em que o dever de indenizar dependia da rígida verificação de outros dois pressupostos — culpa e nexa causal, hoje fragilizados em sua importância justamente pela alteração de função da responsabilidade civil. Daí sustentar-se a conceituação de dano como uma lesão concreta, como violação de uma regra que tutele não o interesse isoladamente, transcendendo a regulação abstrata de um interesse, estabeleça sua relação com outro interesse igualmente tutelado. A importância desta abordagem é significativa na medida em que abre, na prática, um novo espaço de discricionariedade judicial que permite ao magistrado selecionar, por meio do exame do dano, os interesses concretamente tutelados, substituindo o raciocínio subsuntivo tradicional por uma efetiva ponderação de interesses conflitantes”. (SCHREIBER, 2013, p. 191).

Além disso, salienta-se a atividade judicial que, longe de representar mera exegese da lei, vem complementando a realidade fática através do direito numa

utilização adequada e condizente à discricionariedade conferida à mesma.

Ademais, instaura-se no tópico a seguir panorama da responsabilização civil dos danos morais sob a perspectiva de Hart.

### **3. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO DANO MORAL SOB A PERSPECTIVA DE HART**

No presente tópico restringe-se a temática do texto para as transgressões inseridas no amplo contexto da moral que toca a ordem jurídica, ensejando o dano moral em responsabilidade civil. Segundo a lição de Hebert L. A. Hart:

Em litígios civis, um conflito semelhante entre a justiça e o bem geral é resolvido a favor deste último, quando o direito não concede remédio para certos actos moralmente ilícitos, porque a execução de uma indenização em tais casos poderia envolver grandes dificuldades de prova, ou sobrecarregar os tribunais, ou indevidamente prejudicar o espírito de iniciativa. (HART, 2001, p. 181-182).

Consoante o exposto, encontra-se o óbice da súmula 7 do STJ, aduzindo que o reexame do conjunto fático-probatório dos autos são vedados em sede de recurso especial, pois em 27 num total de 46 publicações de decisões do referido tribunal acerca da questão do dano moral inserido no âmbito da responsabilidade civil no mês de fevereiro de 2012 incidiu a norma da súmula em tela, cindindo os argumentos presentes nas decisões de primeiro grau, bem como nos argumentos dos relatores do Superior Tribunal de Justiça. Mais elucidações acerca do óbice do refe-

rido enunciado da súmula 7 do STJ se encontram no tópico 4.2 do capítulo 4 do presente texto.

Todavia, o que se salienta aqui é que as elucidações de Hart compatibilizam-se materialmente com a prática reiterada da *ratio decidendi* do STJ no que tange aos danos morais decorrentes da obrigação de indenizar no lapso temporal determinado.

Tal assertiva se justifica, pois ressalta a tendência de que há um limite para a quantidade de execuções forçadas de direito que qualquer sociedade pode suportar, ainda quando tenha sido praticado um ilícito moral. Em sentido inverso, afirma o autor, o direito pode, em nome do bem-estar geral da sociedade, impor uma indenização àquele que tenha causado danos a outrem, mesmo quando moralmente, enquanto questão de justiça, se poderia julgar não devida. (Supra, p. 181-182).

Ademais, remete Hart a tais casos ao padrão da responsabilidade civil objetiva, isto é, isenta da intenção de causar dano ou da abstenção do emprego de diligência. Em suma, ausente nesta a análise valorativa da culpabilidade em sentido lato. Continua o autor informando que esta forma de responsabilidade é, por vezes, defendida na base de que é no interesse da sociedade que aqueles que sofram acidentalmente danos devem ser indenizados (Supra, p. 181-182).

Tais explanações coadunam-se, assim, com as elucidações de Schreiber, ao passo que este aduz que a partir da transição da responsabilidade civil, em que esta perde a conotação de mera repressão ao comportamento indesejado para concentrar-se na reparação dos danos causados em sociedade, as normas que tu-

telam interesses passam a contar com uma espécie de importância autônoma.

Dessa forma, “a lesão ao interesse da vítima, — o dano — passa a figurar, independentemente da conduta do ofensor, como objeto da preocupação judicial e como elemento primordial da responsabilidade civil”, conforme explana em “*Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*” (SCHREIBER, 2013 p. 190).

Como preconiza Schreiber, a definição de dano como lesão a um interesse tutelado, em verdade, estimula a investigação sobre o objeto da lesão, isto é, o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando, por fim, a seleção dos danos ressarcíveis (SCHREIBER, 2013 p. 109).

Assim, erige-se a seguir análise de *topoi* extrajurídicos sob a concepção de Hart relativos a interesses tutelados que ensejam a seleção de danos morais passíveis de ressarcimento.

### **3.1. Análises de *topoi* extrajurídicos sob a concepção de Hart**

Viehweg, responsável pela recuperação da tópica durante os anos 50 do século XX, preconiza em “*Tópica e Jurisprudência — Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos*” que para Aristóteles *topoi* seriam pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade. Segundo o autor alemão, os *topoi*, enumerados de um modo mais ou menos completo,



em verdade, são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos.

Ante o exposto, emerge o próprio conceito de tópicos por Viehweg, pois: “todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de suscitações, que se denomina tópicos ou a arte da invenção”. (VIEHWEG, 1979, p. 33). É válido ressaltar que há *topoi* jurídicos e extrajurídicos — o primeiro compreendido como premissas normativas e o segundo como premissas externas ao direito. A partir dos pressupostos hermenêuticos configurados pelo raciocínio problemático, faz-se análise comparativa com fragmentos do pensamento de Hart às decisões do STJ sobre dano moral em responsabilidade civil publicadas no mês de fevereiro de 2012.

Intenta-se aqui facilitar a interpretação de complexos casos levados ao STJ no âmbito do dano moral sob a restrição metodológica da responsabilidade civil.

Porquanto preleciona Viehweg, sobre a análise interpretativa de integração da atividade tópico-problemática, tendo como perspectiva, ao contrário da comum exegese subsuntiva, a adequação da lide à norma:

A predominância do problema atua no sentido de os conceitos e as proposições que se vão desenvolvendo não poderem ser submetidos a uma sistematização. Perde-se sua intenção peculiar quando se tenta levá-los a um entendimento sistemático e se quer interpretá-los, sem mais nem menos, como proposições sistemáticas ou algo parecido, sem indicar o critério sistemático utilizado. Porém, quanto mais precisamente se concebe o sistema como um conjunto de fundamentos, mais claramente se pode ver sua contraposição com o espírito que existe aqui. Seus

conceitos e suas proposições têm que ser entendidos como partes integrantes de um pensamento tópico. (VIEHWEG, 1979, p. 50).

Logo, tem-se o pensamento problemático, ao lado da integração das premissas extrajurídicas, como elemento facilitador à concreção da ressarcibilidade dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Tal assertiva é válida ao passo em que a lesão indevida de tais interesses, incluídos aqui os que ensejam o dano moral, insere-se no panorama de responsabilização civil, pois é assente em jurisprudência e doutrinariamente a concordância em prol de uma compensação ao sujeito lesado.

A seguir, segue-se abordagem sobre a atividade integrativa dos *topoi* extrajurídicos da racionalidade e do sofrimento em acórdãos do STJ.

### **3.1.1. A racionalidade**

Segundo Hebert L.A. Hart, parte considerável da importância atribuída à manutenção das regras morais pode ser explicada em termos racionalistas, pois, não obstante a exigência do sacrifício de interesses privados da parte das pessoas vinculadas, salienta o autor, a sua observância protege interesses vitais que todos partilham igualmente.

Assim, fá-lo em proteção direta às pessoas de danos evidentes ou visando preservar o tecido de uma sociedade tolerável e ordenada (HART, 2001, p. 189).

Todavia, Hart afasta o *topos* extrajurídico da racionalidade de eventuais abordagens utilitaristas, pois embora a racionalidade de boa parte da moral so-

cial, compreendida como proteção de danos evidentes possa ser defendida deste modo, uma simples abordagem utilitarista nem sempre seria possível; nem, quando o fosse, informa o autor, deveria ser tomada como representativa do ponto de vista daqueles que observam uma moral nas suas vidas (Supra, p. 189).

Em verdade, sua pretensão crítica é perfeitamente compreensível, já que tais abordagens não se figurariam como parâmetros estáveis e proporcionais à responsabilização civil dos danos de caráter extrapatrimonial. E, portanto, passível de desconsideração, já que a busca atual — seja em sede doutrinária ou jurisprudencialmente — é por critérios estáveis e proporcionais e, sobretudo, constitucionais e idôneos à figura de um controle externo.

Sobre o controle externo dos critérios acima referido, tem-se posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes, sob o enfoque doutrinário de Taruffo. Conclui o autor que tendo em vista o problema da racionalidade da decisão, isto é, a possibilidade do exercício sobre esta de um controle externo tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente alvo de contestações, ou, ainda quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico parâmetro de “bom senso” (MORAES, 2007, p. 272).

Assim, é factível o afastamento da livre arbitração dos critérios do arbítrio puro do juiz, pois se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, afirma M. Taruffo, então, devem sê-lo, de modo a permitir o acompanhamento do raciocínio lógico do magistrado. Assegura-se, dessa forma, aos jurisdicionados a

ausência de escolhas pautadas em bases intuitivas e, por conseguinte, de decisões arbitrárias, possibilitando que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes (Supra, p. 272).

Nesta linha de inteligência, tomando como base a racionalidade como premissa extrajurídica presente na cadeia argumentativa elucidada por Hart, há o comparativo com agravo em recurso especial apreciado pelo STJ em 09 de fevereiro de 2012:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE AMBAS AS PARTES. PRISÃO ILEGAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR NÃO IRRISÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. VALOR EXORBITANTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem, ao condenar o Estado ao pagamento de indenização no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), levou em consideração a finalidade de reparação, sem que isso representasse um enriquecimento sem causa.

2. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisado, tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que o recorrente ficou preso, indevidamente, por oito anos.

3. A questão do valor dos honorários fixados é irrelevante quando o juízo de origem afirma, expressamente, que os honorários foram estabelecidos de forma razoável, sendo inviável — nesses casos — a revisão dos valores pelo Tribunal Superior.

4. No caso dos autos, o Tribunal a quo analisou os elementos fáticos para concluir que a verba honorária foi estimada com equilíbrio, inexistindo razões para sua majoração ou redução, situação que impede a revisão no Superior Tribunal de Justiça, em razão do óbice previsto na Súmula 7/STJ. Conforme se verifica do aresto, os honorários foram estipulados em valor fixo, mediante a análise do desempenho do patrono da parte.

Agravos regimentais improvidos. STJ, REsp 78967/GO; Resp (2011/0188335-0), DJ, 09-2-2012, p. 4, rel. p/ Acórdão Min. Humberto Martins, j. 02-02-2012, 2ª Turma.

Nota-se que a indenização de R\$ 400.000 reais imputada à prisão ilegal do agravante Sebastião Soares Vieira durante oito anos, caso analisada conjuntamente com o *topos* extrajurídico da racionalidade, ressaltado por Hart, evidencia estreita relação com o segundo paradigma ontológico da filosofia, que acabou por se difundir em searas jurídicas. Consoante tal explanação, elucida Lênio Streck que:

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). [...] O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra 'sujeito' muda de posição. Ele passa a 'assujeitar' as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão [...] (STRECK, 2010, p. 13).

Dessa forma, figura aqui a finalidade da reparação em perspectiva intrínseca à racionalidade humana,

objeto de discussão do segundo paradigma ontológico. Sob o referido enfoque, ainda que o *quantum* indenizatório fosse caracterizado como desarrazoado, sendo, dessa forma, reduzido; em deferência à concepção do agravante como sujeito racional, seriamente atingido em sua liberdade e racionalidade, ao passo em que apartado do meio social, durante os oito anos de prisão ilegal — haveria a transgressão de uma situação existencial sobre uma situação jurídica não condizente com o padrão abordado pelo referido paradigma.

Não obstante tal situação, a prestação jurisdicional concedida conferindo a indenização evidencia o padrão racional adotado na apreciação da lide, bem como a perspectiva corretiva ou restauradora: visando, ainda que impossível, um pretenso retorno ao *status quo ante*.

Em consonância à influência do segundo paradigma ontológico da filosofia presente na decisão judicial em questão, tem-se que a positivação de *topoi* extrajurídicos mediante ato legislativo, ao estabelecer padrões de honestidade e humanidade altera e eleva a moral corrente, conforme explica Hart:

[...] também os actos legislativos podem estabelecer padrões de honestidade e humanidade que, em última análise, vão alterar e elevar a moral corrente; inversamente, a repressão jurídica de práticas consideradas moralmente obrigatórias pode, finalmente, levar a que o sentido da sua importância e, portanto, o seu estatuto como moral se perca; contudo, muitas vezes, o direito perde tais batalhas com a moral arreigada, e a regra moral continua em plena vigência, a par das leis que proíbem o que ela estabelece. (HART, 2001, p. 192).

Evidentemente, foi restaurada a justiça no caso concreto em análise, sendo tal resultado a junção da premissa extrajurídica da racionalidade do sujeito com a racionalidade da decisão judicial, estrutural e minuciosamente fundamentada.

Consoante tal assertiva, conclui Maria Celina Bodin de Moraes que decorre de tal contexto a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial (MORAES, 2007, p. 274).

Segundo a autora, não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, o que seria critério por demais subjetivo, mas sim de examinar a “razoabilidade das razões” por ele apontadas na justificação do que decidiu. A racionalidade do magistrado, portanto, deve ser apta a figurar como objeto de controle e verificação externos, com o fito de suscitar análise das razões sobre as quais o seu juízo se formou (Supra, p. 274).

Por fim, considerando a deferência prestada ao *topos* extrajurídico da racionalidade como elemento integrativo das decisões judiciais figura o fato de ser a fundamentação, nos moldes acima expostos, requisito essencial da sentença, vide a letra do artigo 131 do CPC, informando que o juiz deverá “indicar os motivos que lhe formaram o convencimento”.

### **3.1.2. O sofrimento**

Recuperando o argumento de Hart utilizado para afastar o utilitarismo em determinados, casos, como enunciado no tópico anterior, encontra-se o *topos* extrajurídico que alude ao sofrimento, presente agravo em recurso especial que será abordado a seguir.

RECURSO ESPECIAL — ARTIGOS 125 E 131, DO CPC — PREQUESTIONAMENTO — AUSÊNCIA — INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF — RESPONSABILIDADE CIVIL — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS — HEPATITE A — CONTAMINAÇÃO — VÍCIO DO PRODUTO — REPARAÇÃO MORAL — CABIMENTO — MODIFICAÇÃO — IMPOSSIBILIDADE — ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ — INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL AO DANO SOFRIDO — DANOS MATERIAIS — CONDENAÇÃO — AFASTAMENTO — ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* — RECONHECIMENTO — JUROS MORATÓRIOS — TERMO INICIAL — PREQUESTIONAMENTO — AUSÊNCIA — INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 282/STF — RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I – As questões relativas aos artigos 125, do CPC, acerca dos deveres dos Magistrados, bem como ao artigo 131, quanto à livre apreciação das provas, não foram objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do enunciado 282 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal.

II – O eg. Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, entendeu cabível a indenização por danos morais em razão da contaminação, por Hepatite A, decorrente de defeito em vacina produzida pela ora recorrente. Nesse contexto, qualquer modificação em tal conclusão, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

III – Dessa forma, a indenização por dano moral restou fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

IV – A legitimação ativa para figurar na causa pressupõe uma relação de direito material entre postu-



lante e requerido, no sentido de que este último esteja obrigado a responder por aquilo que se pleiteia em juízo. Na espécie, a ora recorrida, que contava, à época dos fatos, com 13 anos de idade, pleiteou a reparação por danos materiais decorrentes de gastos realizados com a compra de remédios e tratamento médico, estes, é certo, pagos por seus genitores.

V – Nesse contexto, não é razoável falar-se em reparação por danos materiais da ora recorrida. Isso porque, se dano material houve, é certo, este, não é seu, atraindo-se, por conseguinte, à espécie, o artigo 6º, do Código de Processo Civil, que determina, *in verbis*:” (...) Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

VI – A questão referente ao termo inicial dos juros moratórios não foi objeto de exame ou deliberação, pelo Tribunal de origem. Tampouco foram opostos embargos de declaração. Incidência, na espécie, da Súmula 282/STF.

VII – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. STJ, REsp 1280430/MG; Resp (2011/0174744-6), DJ, 15-2-2012, p. 4, rel. p/ Acórdão Min. Massami Uyeda, j. 07-02-2012, 3ª Turma.

A lide que consta no relatório consistiu no recebimento de prescrição médica por parte da recorrida, tendo em conta a necessidade de vacinação contra o vírus da Hepatite A, cuja imunização seria feita com a aplicação de três doses de vacina. Assim, Priscilla Campos da Silva recebeu a primeira dose da vacina do laboratório MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA.

Todavia, conforme alegou a agravante, a terceira dose não restou ministrada porque o lote de vacinas foi

retirado do mercado, por determinação do Ministério da Saúde, por conta da suspeita da ausência de um dos seus princípios ativos. Tendo isso em conta, após a realização de exames, constatou-se, de fato, a presença do vírus da Hepatite A, que evoluiu para a Hepatite crônica auto-imune. Tendo em vista tais circunstâncias, pleiteou indenização por danos morais e materiais.

Dessa forma, emerge da lide o *topoi* extrajurídico do sofrimento causado à recorrida, decorrente da lesão de direito da personalidade, mais precisamente à integridade física e, assim sendo, ensejando danos morais em responsabilidade civil — firmando a obrigação de reparar o dano causado a mesma.

Inobstante tais explicações, Hart acrescenta que, evidentemente que o fato de que a sociedade possa ver a sua própria moral de modo “não-utilitarista”, (conforme explicado em tópico anterior), não significa que as suas regras não sejam passíveis de argumentos em sentido contrário. Assim, não estão imunes à crítica ou à condenação, onde a sua manutenção seja julgada inútil ou adquirida ao preço de grande sofrimento (HART, 2001, p. 189).

Compatibilizando-se materialmente com o exposto, é perceptível que a indenização conferida foi adquirida ao preço de grande sofrimento.

Contudo, tendo sido o recurso especial parcialmente conhecido, denota uma nova postura da responsabilidade civil, na medida em que se relaciona ao dano moral. Tal assertiva se fundamenta sob novo enfoque da responsabilidade civil trazido por Schreiber, pois como lembra o autor, a análise das hipóteses legais revela o aspecto de que a construção do ris-

co como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece dirigida a anseios de imputação subjetiva que, hoje, já não se mostram tão necessários.

Verifica-se, deste modo, uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva não consistiria em uma responsabilização não pela causa, remetendo a condutas negligentes ou criadoras de risco, mas sim numa responsabilidade objetiva qualificada pelo resultado, isto é, o dano. Distancia-se, portanto, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para atingir discussão mais finalística sobre a socialização das perdas (SCHREIBER, 2013, p. 30).

Como crítica, figura que não obstante almeje Hart o afastamento de uma perspectiva utilitarista em relação à moral e, por conseguinte, ao direito, é evidente que a prestação jurisdicional no caso em questão conferiu, em verdade, a reparação sob a perspectiva do dano causado e não pela negligência da recorrente MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA.

Além disso, há de se reconhecer a proporcionalidade da decisão da lide, uma vez que, como informa o referido autor, os juizes não estão confinados às alternativas de uma escolha cega e arbitrária ou à dedução “mecânica” de regras com um sentido pré-determinado ao interpretarem as leis ou precedentes. A escolha dos juizes, portanto, é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretenda com as regras a criação de injustiças ou ofensas a princípios morais assentes (HART, 2001, p. 220).

Por fim, como conclusão da análise do *topos* extrajurídico do sofrimento, conclui-se, sob a perspec-

tiva de Hart, que uma decisão judicial, remetendo-se aqui à deferência prestada aos padrões constitucionais de justificação, envolveria frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente [...] (Supra, p. 220).

Portanto, evidencia-se que a referida premissa extrajurídica assume, como exposto, conotação de elemento facilitador à concreção da ressarcibilidade dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, porquanto inserida no âmbito da responsabilização civil. Ademais esta deverá, acima de tudo, compatibilizar-se com os valores da Constituição de 1988.

#### **4. O DANO MORAL NO STJ**

A tendência observada no atual ordenamento jurídico, vigente desde a promulgação da Constituição de 1988, tem sido a garantia de tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, inclusive em suas relações extrapatrimoniais, quando estabelece como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana, como bem aponta Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p. 119-120).

Atento ao paradigma acima exposto, aduzindo a mais ampla tutela conferida aos direitos personalíssimos, encontra-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça referente à temática dos danos morais ensejados por responsabilidade civil. Mediante pesquisa aplicada, percebe-se que a atuação do tribunal em questão, em verdade, evidencia adequação teleológica símile à ressaltada pela professora Maria Celina Bodin de Moraes, sob o influxo teórico de Pietro Perlingieri, ao ressaltar que a “elasticidade” torna-se

instrumento apto para a realização de formas de proteção atípicas, fundadas no “livre exercício da vida de relações” (Supra, p. 120).

Consoante tal explanação, conclui-se que a “elasticidade” acima exposta compatibiliza-se com a ampla prestação jurisdicional do STJ no sentido de analisar as mais diversas hipóteses tuteladas. A análise de tais pretensões levadas ao STJ a título de alegação de danos morais torna evidente, frisa-se, a origem destes da lesão de direitos personalíssimos.

A origem genérica das referidas pretensões fundadas na referida categoria de direitos clarifica a impossibilidade de tutela legislativa conforme rol taxativo, isto é, *numerus clausus*. Deste modo, tem-se que nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, já que deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com a evolução social, passam a exigir considerações positivas (Supra, p. 121).

Daí o entendimento da personalidade humana como valor. Em suma, compreendida como valor unitário e tendencialmente sem limitações. De modo que não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse possui relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, conforme salienta Moraes, tutela também em via judicial (Supra, p. 127).

Diante de tais considerações, emerge conclusão da referida autora, passível de interpretação extensiva à jurisprudência do STJ aqui analisada, a saber — que reside nesta abrangente forma de tutela a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão fre-

quentes. Assim, justifica a autora tal posicionamento, já que a reparação de tais danos está posta para a pessoa como um todo, sendo então tutelado o valor da personalidade humana (Supra, p. 127).

Portanto, chega-se a conclusão análoga à de Schreiber, para quem a postura eclética das cortes, no que tange à aferição da relação de causalidade revela, sobremaneira, que os magistrados têm direcionado esforços no sentido de visualizar resultados concretos a serem alcançados. Tais esforços são traduzidos, evidentemente, em técnicas empregadas nos julgamentos (SCHREIBER, 2013, p. 250-251).

A flexibilização da cadeia denexo causal, assim, tem-se caracterizado com um âmbito de discricionariedade judicial. Sendo o exercício desta, inclusive, representante da busca por uma decisão mais justa no caso concreto que, segundo Schreiber, quase sempre se identifica com a integral reparação dos danos sofridos pela vítima, conforme veremos no tópico a seguir (SCHREIBER, 2013, p. 251).

#### **4.1. Critérios valorativos e reparação integral**

Como se viu, emerge a necessidade de reparação do dano moral quando um interesse extrapatrimonial protegido pelo ordenamento jurídico, seja de forma expressa ou genérica, é injustificadamente lesionado. Sendo assim, conclui-se mediante estudos de pesquisa aplicada que a prática reiterada do Superior Tribunal de Justiça tem visado a obtenção da reparação integral do dano moral a partir de critérios valorativos.

Como os interesses lesionados decorrem de bens imateriais, isto é, os direitos personalíssimos, acredi-

tava-se primeiramente na impossibilidade de indenização dos mesmos. Tal entendimento encontrava seu fundamento na inaplicabilidade da regra *restitutio in integrum* e também porque não são os referidos interesses passíveis de substituição pecuniária.

Inobstante tais explicações, ressalta Moraes que verificou-se factível a aplicação aos interesses lesionados da regra geral de indenização dos bens materiais, ou seja, aquela que considera aquilo que se perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, vide art. 402 do CC de 2002 (MORAES, 2007, p. 305). Assim, não é mais discutível a possibilidade de indenização de danos morais, posto que é assente em jurisprudência e em doutrina a ressarcibilidade dos interesses extrapatrimoniais lesionados. Contudo, assente tal assertiva, figura outra lide doutrinária consistente na finalidade da indenização, se seria reparatória ou compensatória.

Sobre a controvérsia doutrinária suscitada acerca da presença de critérios de reparação ou compensação, é evidente que o ordenamento pátrio, notoriamente, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Tal sistema, o do livre arbitramento como regra geral, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, tem sido considerado o que menos oferece problemas e o que mais justiça e segurança oferece, uma vez que atenta para todas as peculiaridades do caso concreto. Continua a autora aduzindo que a fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao magistrado permite ao mesmo a utilização da equidade e que aja com prudência e equilíbrio (MORAES, 2007, p. 269-270).

Em verdade, a presença de critérios na compensação do dano moral no Brasil tem caráter eminen-

temente variável. Todavia, em face da análise jurisprudencial de casos concretos apreciados pelo STJ acerca de pretensões de danos morais decorrentes de responsabilização civil, sobrelevam-se alguns critérios compensatórios tidos como frequentes em decisões judiciais, também elencados por Bodin de Moraes (MORAES, 2007, p. 275). Assim, seriam eles o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau da culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima.

Além destes, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da criação do Superior Tribunal de Justiça, segundo salienta Moraes, a jurisprudência passou a decidir de modo livre, com base, fundamentalmente, no princípio da razoabilidade, consistindo tal diretriz numa das principais oferecidas pelo referido tribunal, sendo rara, inclusive, a decisão que se utiliza de critérios legais para orientar-se (MORAES, 2007, p. 280).

Por fim, materializam-se alguns dos referidos critérios de forma exemplificativa em fragmentos jurisprudenciais oriundos de decisões sobre danos morais decorrentes de responsabilização civil no mês de fevereiro de 2012.

Princípio da razoabilidade e critério relativo à situação econômico-financeira do ofensor da vítima.

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, é possível alterar o valor arbitrado em sede de recurso especial quando este se mostra ínfimo ou exagerado, pois, nesses casos, reconhece-se a violação aos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. [...] Tendo em vista esses dados, prospera o pedido da recorrente, pois o valor do dano moral se



sujeita ao controle desta Corte quando for irrisório ou abusivo e o montante arbitrado (R\$ 61.370,00 - sessenta e um mil, trezentos e setenta reais) desafia os **padrões da razoabilidade**, mostrando-se muito além daquilo que vem sendo estabelecido pelo STJ em situações como a presente. Dessa forma, considerando que os danos morais servem como espécie de recompensa à vítima e efeito pedagógico ao causador do dano, **guardadas as proporções econômicas das partes** e considerando-se ainda a solução dada por esta Corte a casos semelhantes, arbitro a compensação dos danos morais no montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais), assegurando ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito. STJ, REsp 1191428/PA; Resp (2010/0073174-3), DJ, 01-12-2011, p. 5-7, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, j. 15-12-2011, 3ª Turma.

#### Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

A revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Súmula 7 do STJ. STJ, REsp 15886/DF; Resp (2011/0131995-1), DJ, 01-02-2012, p.3, rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-12-2011, 4ª Turma.

#### Critério da extensão do prejuízo e critério relativo à situação econômico-financeira do ofensor e da vítima.

Não é o caso dos autos, em que houve a fixação do valor de indenização por dano moral, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais; valor do dia 11 de dezembro de 2009), para o **dano consistente em inclusão indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplentes**, consideradas as circunstâncias do caso e as **condições econômicas das partes**. STJ,

AgRg no Ag 1371894/SP; Ag (2010/0221797-4), DJ, 03-02-2012, p.3, rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 15-12-2011, 3ª Turma.

#### Critério do grau da culpa.

É certo que caberia ao réu, na qualidade de instituição mantenedora da conta corrente da autora, agir de forma cuidadosa, devolvendo as cédulas pela alínea 28, que inibiria o protesto; contudo, assim não procedeu, devendo, portanto, reparar o dano suportado pela autora, não se verificando, na hipótese, qualquer causa excludente da sua responsabilidade, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito sustentado nas razões recursais. **O dano moral é decorrente da constatada injusta negatização, que teve origem na conduta displicente do réu**, que, por si só, obviamente, acarretou a inquietação íntima da requerente, pessoa atingida, sendo prescindível a prova do **prejuízo**. STJ, REsp 77385/SP; Resp (2011/0194879-9), DJ, 03-02-2012, p. 2, rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti., j. 15-11-2012, 3ª Turma.

#### Critério da extensão do prejuízo.

Em suas razões, o agravante sustenta que o montante indenizatório fixado pelas instâncias ordinárias se revela exorbitante e que não pretende o reexame de provas. Diz que **o valor deve corresponder efetivamente ao prejuízo causado ao ofendido**. STJ, REsp 78690/RJ; Resp (2011/0267410-2), DJ, 22-02-2012, p. 1, rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-02-2012, 4ª Turma.

Critério do grau da culpa, o critério relativo à situação econômico-financeira do ofensor e da vítima e princípio da razoabilidade.

Se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, **proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade**, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (RESP 259816/RJ, rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27/11/2000). STJ, AgRg no Ag 1395042/SP; Ag (2011/0039457-3), DJ 22-02-2012, p. 4, rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-02-2012, 4ª Turma.

#### **4.2. O óbice da súmula 7 do STJ aos casos concretos em que figuram danos morais**

O reexame de prova vedado pelo enunciado da súmula nº 7 do STJ, informando que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, em verdade, implica na proibição de reapreciação dos elementos probatórios para concluir se eles foram ou não bem interpretados. Constituindo tais questões em matéria de fato, decididas de forma soberana pelas instâncias ordinárias, tornam-se insuscetíveis de revisão no recurso especial.

Consoante explanação de Marinoni, o conceito de reexame de prova deve compreendido de forma atrelada ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Em suma, é vedado que os recursos extraordinário e especial viabilizem juízo que resulte da análise dos fa-

tos a partir das provas (MARINONI, 2005, p. 2). Dessa forma, evidencia-se que seja como for, a regra é que a limitação cognitiva da instância extraordinária está resumida à base empírica oferecida pela instância ordinária ao âmbito de análise do recurso especial.

No que tange à prova do dano moral, o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual pacificou-se no sentido de ser o dano moral *in re ipsa*, isto é, independentemente de comprovação do prejuízo sofrido decorrente da lesão a direitos personalíssimos.

Todavia, erige-se contradição na jurisprudência relativa a danos morais no Superior Tribunal de Justiça, pois ao mesmo tempo em que dispensa a comprovação do dano, eleva ao patamar de análise as condições pessoais da vítima, com o intuito de se alcançar a reparação integral. A contradição é evidente, pois a vedação dos elementos probatórios em sede de recurso especial (vide enunciado da súmula 7 do STJ), em verdade, afasta uma análise plena e acurada sobre as condições pessoais do ofendido, distanciando-se, portanto, do objetivo da reparação integral.

Com a vedação da apreciação de elementos probatórios, faz-se necessária a distinção de matéria de fato e matéria de direito. Segundo Larenz:

Embora tradicionalmente se distinga ‘questão de fato’ da questão de saber se “o que aconteceu” (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela “existência” de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica. (LARENZ, 1991, p. 295-296).

A despeito das considerações acima expostas, erige-se paradoxo, pois a “pacificação” visada pelo tribunal em questão, confrontada com o enunciado da súmula 7 do STJ, afirmando que as circunstâncias fáticas não serão apreciadas em recurso especial, tem causado exacerbada insegurança na aferição da resarcibilidade do dano moral alegado.

Evidentemente, seria hercúlea a atividade dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça no reexame de toda a demanda de matéria fático-probatória já apreciada em instância ordinária, caso não houvesse o óbice do enunciado n. 7 do STJ. Contudo, figuram como possível resposta a tal questionamento paradoxal a atividade de análise hermenêutica da matéria de fato a partir de premissas jurídicas e extrajurídicas, como explanado anteriormente consoante pensamento de Viehweg e Hart.

Já na década de sessenta do século passado Hart atentava para o importante fato de que a distinção entre as incertezas da comunicação dos que denominada “exemplos dotados de autoridade”, conotando os precedentes, e as certezas de comunicação através de “linguagem geral dotada de autoridade”, conotando a legislação.

A referida distinção, evidentemente, suscitava colisões *in concreto*, já que mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, há a possibilidade em casos particulares concretos do surgimento de incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas (HART, 2001, p. 139). E tal incerteza é justamente o que vem ocorrendo com a incidência do enunciado da súmula 7 do STJ nas pretensões alegadas a título de danos morais.

Sendo a prática reiterada dos tribunais fonte formal do direito oriunda da aplicação sucessiva e frequente de uma mesma *ratio decidendi*, representa também a referida linguagem geral dotada de autoridade a que Hart remete à legislação.

Diante disso, tem-se que os cânones interpretativos não eliminam a incerteza causada pelo enunciado da súmula em questão aqui exposta, pois embora visem dirimi-la, tais cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação (Supra, p. 139). Deste modo, sedimenta-se com a aplicação da súmula 7 verdadeiro ciclo vicioso, já que a vedação trazida pela mesma obsta que argumentos contidos em matéria probatória transcenda ao plano de interpretação em sede de recurso especial.

Em face de tal insegurança, conclui-se que se em tais casos concretos em que figuram lesões a interesses tutelados, ensejando o dano moral, hão de ser resolvidas eventuais dúvidas naqueles contidas, já que apresentam-se naturalmente escolhas entre alternativas abertas, consolidadas mediante atividade discricionária.

Logo, uma pacificação plena com a reparação integral do dano moral sofrido, haverá de considerar primordialmente a dignidade da pessoa humana — fonte de todos os direitos personalíssimos — fincando a certeza, ao lado da responsabilização civil, de que todo dano moral deve ser compensado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Logo, compatibilizando-se com as afirmações aqui feitas, agora de forma conclusiva, resta a con-

cepção de que a efetivação judicial do dano moral atrelado à responsabilidade civil — seja mediante incidência de princípios, seja pelo auxílio interpretativo dos *topoi* jurídicos e extrajurídicos num pensamento tópico-problemático, tem demonstrado adequação teleológica da discricionariedade judicial ao efetivar a prestação jurisdicional aos cidadãos.

Todavia, a adequação teleológica do poder discricionário conferido ao STJ, diante da análise hermenêutica de casos concretos em que figuram danos morais decorrentes de responsabilização civil, deve perpassar ainda uma revisão sobre a vedação do reexame de prova em sede de recurso especial.

Tal revisão, em verdade, suscitaria reposicionamento em face das matérias de fato, visando, como fim último, a reparação integral do dano moral, considerando a partir de critérios valorativos a dignidade humana cerne da responsabilização civil em âmbito extrapatrimonial.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRADE, André Gustavo C. de. *A evolução do conceito de dano moral*. 2008. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&groupId=10136)>. Acesso em: dez. 2012.

ATIYAH, Patrick Selim. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- MORES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil — Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STRECK, Lênio. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1979.



# Capítulo V

## Limites ao Ativismo Judicial à luz da Tripartição dos Poderes

**Maiana Guimarães de Sousa e Silva**

Aluna da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 4º semestre.

E-mail: mai\_guimaraes@hotmail.com



# Limites ao Ativismo Judicial à luz da Tripartição dos Poderes

**Resumo:** Este artigo explicita a evolução do Princípio da Tripartição dos Poderes e as suas modificações no decorrer do processo histórico, além da sua relação direta com as searas de atuação do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Evidencia também os principais caracteres do Ativismo Judicial e as suas espécies, bem como busca traçar e demarcar a sua relevância e origem — elucidando como causa principal dessa atuação crescente do Judiciário, a crise do Poder Legislativo —, sem deixar de revelar a existência de alguns limites impostos ao referido instituto.

**Palavras-chave:** Tripartição de Poderes. Ativismo Judicial. Limites.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Tripartição dos poderes: 2.1. Esclarecimentos introdutórios, 2.2. Construção dos conceitos, 2.3. Desconstrução dos conceitos — 3. Ativismo Judicial: 3.1. Conceito, 3.2. Judicialização X Ativismo judicial, 3.3. Ativismo Judicial inovador X Revelador — 4. Relação entre os poderes e o ativismo judicial: 4.1. Crise de funcionalidade do Poder Legislativo; 4.2. Risco do Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática; 4.3. Limites ao Ativismo Judicial — 5. Considerações Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa aclarar a compreensão sobre a legitimidade — ou não — da ação abrangente do Poder Judiciário que tem ultrapassado a sua seara de atuação, assumindo funções Legislativas e executivas, infringindo o Princípio da Tripartição dos Poderes, ao mesmo tempo em que traduz os limites impostos por ele.

Com base na evolução da teoria tripartite, revelar-se-á que já não é cabível uma separação total das funções estatais, mas uma cooperação entre os órgãos em prol da concretização do Ordenamento jurídico. Esse estudo busca também evidenciar a existência de limites ao ativismo e a importância desse mecanismo para a concretude do Estado democrático de Direito.

Com esse objetivo, haverá a introdução e a análise da construção histórica da tripartição dos poderes, assim como a desconstrução desse conceito por intermédio de críticas, que revelam a interdependência entre os três poderes.

Haverá, outrossim, a discussão sobre o ativismo judicial. Isso ocorrerá, primeiramente, a partir de sua conceituação e da explicação das distinções necessárias entre judicialização e ativismo judicial e entre as atuais formas de ativismo.

Posteriormente, analisar-se-á a relação entre os poderes e o ativismo judicial, por meio da discussão sobre a crise do legislativo e suas consequências, o risco do judiciário perder a legitimidade democrática e os limites ao ativismo judicial.

Finalmente tecer-se-ão as considerações finais, nas quais serão expostas as demarcações feitas pelo presente estudo.

## **2. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

### **2.1 Esclarecimentos introdutórios**

Antes de iniciar qualquer discussão acerca do tema, faz-se necessário apontar algumas características essenciais do poder: a) a unidade e b) a indivisibilidade.

Entende-se por unidade o conjunto daquilo que é uno, inteiro e que se representa por si só; por indivisibilidade compreende-se impossibilidade de sofrer divisão, fracionamento.

Desse modo, compreende-se que o poder é um só e que, em sua estrutura, não cabem divisões. Assim, ao fazer qualquer referência à tripartição do poder, não se pretende compreendê-lo de forma fracionária, mas, conforme aponta Manoel Jorge e Silva Neto, entender que a existência de funções distintas visa assegurar ao Estado o alcance, de forma mais rápida e eficaz, das suas finalidades.

### **2.2. Construção dos conceitos**

Como assegura Celso Ribeiro Bastos, a origem da divisão do poder está na Antiguidade Clássica, enraizada nas ideias do filósofo grego Aristóteles, para quem todo Estado possuía três funções principais: a consultiva que se pronunciava acerca da guerra e da paz; a função judiciária que julgava e resolvia conflitos com base na Lei; e outra administrativa que era exercida por um magistrado que se incumbia dos demais assuntos da administração.

Embora a importância dessa teoria seja notória e influenciadora do atual Estado Democrático de Di-

reito, o mesmo não ocorreu durante o milênio que sucedeu a sua criação e a justificativa para isso é muito simples: durante todo esse lapso temporal as três funções estiveram sob os cuidados de uma única pessoa ou de um grupo restrito de pessoas. Desse modo, o resultado não poderia se afastar de governos tirânicos, despóticos que foram evidenciados durante todo o período de absolutismo monárquico, findado na segunda metade do século XIX.

Ainda no século XVIII, em 1789, com toda a influência social e política da Revolução Francesa que tinha como objetivo assegurar a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade aos indivíduos através do Liberalismo, a teoria da Tripartição do poder ganha evidência e passa a interferir, diretamente, na vida da sociedade e na estrutura dos governos. Isso ocorre devido a fundamental contribuição do Barão de Montesquieu que trouxe um complemento às ideias aristotélicas. Montesquieu entendia que as divisões funcionais deveriam ser acompanhadas por divisões orgânicas e, assim, órgãos distintos desempenhariam funções também distintas.

Conforme esclarece Dalmo de Abreu Dallari, estando pautado nos ideais revolucionários racionalistas e liberais do período, Montesquieu pretendia indicar, através da divisão orgânica, uma forma de defesa da liberdade dos indivíduos, limitando as funções do Estado. Na obra *O espírito das Leis*, que foi inspirada em uma pesquisa empírica do sistema inglês e que, mesmo antes da Revolução Francesa, já trazia a divisão orgânica dos poderes, Montesquieu explicita que tais funções não se chocariam e não sofreriam interferências recíprocas, de forma que o cumprimento es-

trito das funções designadas para cada órgão seria o suficiente para inibir o abuso do poder.

Nesse sentido, é conveniente reproduzir o ensinamento de Montesquieu para qual: “Não é preciso que o poder Legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder Executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la”.

Foi o enfraquecimento do poder do Estado, norteador pelo desenvolvimento dos ideais liberais revolucionários e pela insatisfação da coletividade diante do abuso do poder dos monarcas, somado à função limitadora exercida pela Constituição que fez da separação de poder um dogma do Estado Moderno. O reflexo desse processo foi explicitado na Declaração de direitos da Virgínia, de 1776 e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que apresentaram esse sistema como caractere.

O sistema tripartite, referido em diversas Constituições do mundo, a exemplo da francesa de 1791 e, inclusive, da brasileira de 1988, foi associado ao Estado Democrático e introduziu a teoria de “freios e contrapesos” na doutrina. Para essa teoria, caberia ao Legislativo atuar de forma geral através da emissão de regras gerais e abstratas, ao Executivo agir de maneira especial, tornando concretos os atos do legislativo e ao Judiciário caberia, através da fiscalização, evitar que cada poder saísse das suas respectivas esferas de competências. Reitera-se, portanto, a ideia de que as próprias funções de cada órgão limitariam as ações dos demais, sem interferências recíprocas entre eles, já que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, aquele que faz as leis, não as executa, nem julga; aquele que julga, não faz as leis, nem as executa e

aquele que executa, não faz as leis, nem julga. Essa é a afirmação — ou reafirmação — da Tripartição do exercício do poder.

### **2.3. Desconstrução dos Conceitos**

Críticas são direcionadas ao sistema de separação e, para Dalmo de Abreu Dallari, a primeira delas tem a ver com o caráter meramente formalista desse sistema, pois defende que sempre houve interferências entre os poderes e que os próprios fatores extralegis faziam com que um dos poderes predominasse sobre os demais.

Outra crítica também indicada por Dallari é a de que esse sistema jamais assegurou a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. O fato é que diante de ideais liberalistas as injustiças e desigualdades se ampliaram e, apenas uma pequena camada da população passou a ser privilegiada. Há, nesse contexto, a preservação da separação do poder, mas não há qualquer sinal de isonomia e expressão significativa de democracia.

É, exatamente, diante da omissão estatal e do crescimento desenfreado da desigualdade que surge o constitucionalismo social, prezando a prestação do Estado em prol da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia e previdência social, na tentativa de amenizar as disparidades provenientes do Constitucionalismo Burguês, oriundo da Revolução Francesa cujo caractere principal foi a racionalização do poder, que defendia a divisão orgânico — funcional e a proteção dos direitos individuais. Assim, conforme ilustra Manoel Jorge e Silva Neto, há na constituição do



México, de 1917 e na de Weimar, de 1919, a inserção dos Direitos Sociais — Direitos de segunda geração.

É mediante o Constitucionalismo Contemporâneo — modelo que expande as normas Constitucionais na vida das pessoas, elevando a Constituição à ordem suprema — entretanto, que percebe-se o quão era equivocado o pensamento de que cada poder exercia uma função específica de forma independente dos demais. Essa percepção se justifica pelo surgimento do neoconstitucionalismo — movimento destinado a, valorizando ao máximo a constituição, impor suas normas públicas. Através desse movimento, os princípios foram introduzidos na Constituição, segundo Robert Alexy, como mandamentos de otimização que devem receber máxima efetividade, de acordo com as situações fáticas e jurídicas.

Nesse contexto, passa a ser competência do Legislativo, Executivo e Judiciário a preservação das normas e princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais, dentre os quais, destaca-se o da dignidade da pessoa humana. Aqui, já não cabe uma relação distante entre as funções do Estado, mas uma relação harmônica que preze pelo bem estar social e pelo Estado solidário, assegurados pela Constituição Federal de 1988 e, acima de tudo, como observa André Ramos Tavares, que assegure o pluralismo dos centros de poder, pelo qual uns sirvam de controle aos demais, uma vez que o essencial é conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Em pleno século XXI, é possível encontrar reflexos diretos da interferência e harmonização das funções estatais. Essa constatação se dá através das obrigações típicas e atípicas de cada órgão e, também,

da necessidade de concretização dos princípios e manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano.

A Constituição brasileira de 1988, no artigo 2º, aduz nos seguintes termos: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Dessa forma, como adverte Anna Cândido da Cunha Ferraz, haverá sempre um número mínimo e um número máximo de independência de cada órgão para que não se desfigure a separação. Do mesmo modo, haverá instrumentos que, de forma mínima e máxima, facilitem o exercício harmônico dos poderes, evitando que a falta de limites venha a gerar a sobreposição de um poder sobre o outro.

A interferência recíproca se apresenta quando, por exemplo, percebe-se a existência de funções típicas e atípicas entre os poderes, já que não há uma correspondência exata entre um determinado conjunto orgânico e uma certa função. Há, apenas, em cada qual, uma predominância acentuada da atividade que lhes é típica. Assim, o legislativo, tipicamente, cria e edita leis, mas, atipicamente, julga crimes de responsabilidade praticados por chefes do executivo e cuida da sua administração interna; o Executivo tem como atributo principal a realização de atos de governo, mas, também, legisla através das Medidas Provisórias e julga quando há litígio administrativo; e, ainda, o Judiciário, tipicamente, exerce a função jurisdicional e funções atípicas de ordem administrativa e normativa.

Diante do exposto, fica evidente que já não é cabível a conclusão de independência total entre os poderes, mas sim a harmonização entre eles em busca de um liame entre a Constituição e a realidade social.

### **3. ATIVISMO JUDICIAL**

#### **3.1. Aspectos introdutórios**

Após a Segunda Grande Guerra maior cuidado passou a ser destinado à Pessoa Humana e à sua dignidade; tais proteções, conforme salienta Dirley da Cunha Júnior, passaram a ser retratadas nas Constituições contemporâneas. A constituição Brasileira de 1988, por exemplo, também conhecida como “Constituição Cidadã”, expressa novo pacto institucional da democracia. Assim, como ressalta Marcos Paulo Verissimo, ela incorpora a promessa da construção e manutenção de uma democracia sustentável que assegura, além do regime de governo democrático, com maior participação política, os direitos de inclusão social, visando à redução da desigualdade de renda, de oportunidades e, também, da desigualdade regional.

Nesse contexto, percebe-se a preservação dos Direitos Fundamentais através da valorização de uma postura mais prestacionista do Estado. Isso ocorre de tal forma que assegurar esses direitos passa a ser papel dos poderes Legislativo, Executivo, mas também e, inclusive, do Judiciário no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Diante disso, novos fenômenos, como o Ativismo Judicial e a Judicialização, começam a surgir de forma significativa, refletindo diretamente no processo de redefinição do papel do juiz na sociedade contemporânea.

#### **3.2. Judicialização x Ativismo Judicial**

Segundo Dirley da Cunha Júnior a Judicialização é o caminho de acesso à Justiça e da busca por uma

prestação judicial favorável. Fala-se também em judicialização quando algumas questões de grande repercussão política ou social são decididas por órgãos do poder judiciário e não pelo Congresso Nacional e por órgãos do poder Executivo, que seriam as instâncias tradicionais. Reitera-se, todavia, que há questões que, mesmo sendo de grande repercussão política ou social, perpassam pela competência do Poder Judiciário. Desse modo, a segunda acepção do referido instituto é referente, apenas, às questões que, devendo ser solucionadas pelos demais poderes, chegam ao Judiciário.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aponta três causas que justificam o fenômeno da Judicialização. A primeira delas refere-se ao processo de redemocratização do país que é evidenciado através da promulgação da Constituição de 1988, quando passou a ser competência do Poder Judiciário fazer valer a Constituição e as suas Leis, ainda que em confronto com outros poderes.

A segunda causa apontada por Barroso foi a constitucionalização abrangente que foi responsável por transformar inúmeras matérias, que antes caberiam ao processo político e à legislação ordinária, em textos constitucionais, ampliando a necessidade de concretizá-las e de assegurar a essas normas máxima efetividade.

A terceira, por fim, refere-se ao sistema de Controle de Constitucionalidade adotado no Brasil, que sofre influências dos modelos americano e europeu e que, conforme esclarece Manoel Jorge e Silva Neto, em alguns momentos é denominado concreto-difuso, quando é de competência de todos os juizes e tribunais brasileiros e exercitável pela via de exceção ou de defesa e outras é denominado de controle abstra-

to-concentrado, quando é de competência exclusiva do STF e dos Tribunais de Justiça pela via direta de exceção ou de defesa. É interessante ressaltar que o direito de propositura de ação não é tão restrito, uma vez que diversos órgãos e entidades públicas e privadas referidas no art. 103 da CF podem entrar com ação direta e provocar o STF à análise do controle de constitucionalidade de situações ou decisões que, em seus respectivos entendimentos, vão de encontro ao Ordenamento Jurídico. Desse modo, percebe-se que, sem maiores esforços ou obstáculos, qualquer questão política ou qualquer questão de teor considerado relevante pode chegar ao STF e, portanto, ao judiciário.

Diante disso, observa-se que a ação do judiciário ampliou-se e que esse é um processo crescente, uma vez que é cada vez maior a solicitação e participação do judiciário na esfera de controle de constitucionalidade através das Ações declaratórias de Constitucionalidade, Ação direta de inconstitucionalidades, Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental e, até, de Mandados de injunção, como ocorreu no caso em que se determinou que seria utilizado o mesmo regime usado em setores privados, para as greves havidas no serviço Público.

Faz-se necessário ressaltar, entretanto, que a judicialização existente não fere, em nenhuma hipótese, a Constituição Federal, nem ultrapassa os limites impostos ao Poder Judiciário, uma vez que não se trata de uma escolha da Corte, mas de condutas previstas na Própria Lei Maior em prol da preservação e segurança da realização dos princípios, direitos e garantias Constitucionais.

No que tange o ativismo judicial, Dirley da Cunha Júnior pontua que é a ação do judiciário em prol da realização e concretização das demandas sociais. Assim, enquanto a judicialização é o caminho de acesso de questões de grande repercussão à Justiça, o Ativismo é a conduta dos juízes que objetivam garantir os princípios Constitucionais. Para Manoelle Brasil Soldati Simionato, o referido instituto é a aplicação da Constituição, pelos juízes, às situações que, expressamente, não estão contempladas por ela.

Outrossim, compreende-se que é proporcional a relação entre a demanda e a ação do Judiciário, uma vez que conforme aumenta a busca da sociedade pela decisão judicial referente a uma esfera cada vez mais ampla de assuntos, aumenta também a interferência desse poder em questões que, a priori, caberiam ao Legislativo e ao Executivo. Exemplo disso é a decisão do STF, de maio de 2011, que reconhece a união estável para casais homoafetivos e as inúmeras decisões que versam sobre Políticas Públicas.

Luís Roberto Barroso assevera que: “A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias políticas”.

Reitera-se, portanto, que, embora se trate de uma escolha no modo de agir dos juízes, o ativismo é uma

forma de atender aos desejos e necessidades de uma sociedade que, insatisfeita com a realidade que a cerca, recorre ao Judiciário na tentativa de ter os seus direitos garantidos e preservados. Igualmente aduz Cristiane Druve Tavares Fagundes, ao explicitar que, embora o art.266, CPC, defenda o princípio dispositivo- aquele no qual o juiz tem pouca interferência no decorrer do processo-, o próprio código reforça a autoridade do Poder Judiciário para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça.

### **3.3. Ativismo Inovador x Relevador**

Conforme salienta Manoelle Brasil Soldati Semionato, necessário se faz distinguir duas espécies de ativismo: o ativismo inovador e o revelador.

Para a referida autora o inovador é a sensível intromissão do Judiciário na função Legislativa, através da criação de uma nova norma não contemplada pelo ordenamento jurídico do país.

Já o ativismo revelador é a criação de normas ou regras que são pautadas em valores constitucionais que buscam complementar o entendimento ou a aplicação de princípios ou regra lacunosa.

Luíz Flavio Gomes indica como exemplo de ativismo revelador a imposição da fidelidade partidária pelo STF, pois foi pautada no princípio Democrático, ao passo que, no caso da demarcação indígena (Raposa do sol), já encontra-se traços do inovador.

Como exemplo de ativismo Inovador, pode-se citar a súmula vinculante nº11 do STF, que exige as razões por escrito da excepcionalidade do uso de al-

gemas, o que inovou o ordenamento jurídico, uma vez que não há lei que prescreva tal situação. Mesmo que pautada nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da proporcionalidade e da não-culpabilidade, não houve decisões reiteradas nesse sentido, tratando-se, portanto, de ativismo inovador.

Percebe-se, nesse sentido, que se tratará de ativismo revelador quando a ação do juiz estiver baseada na própria constituição e tratar-se-á se ativismo inovador quando normas forem criadas para atender a questões não expressas na Constituição.

## **4. RELAÇÃO ENTRE OS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL**

### **4.1. Crise de funcionalidade do Poder Legislativo**

Como citado alhures, a Constituição de 1988 inovou a função do judiciário no âmbito do Estado Social, permitindo a ação desse Poder quando o Legislativo e o Executivo não cumprirem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fizerem para criar condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Indica a Constituição Federal, em seu artigo 2º, que cabe aos poderes agirem de maneira harmônica entre si. Nesse sentido, surge a dúvida quanto ao momento em que a harmonização perde a sua função e passa a ser interferência exacerbada de um poder no outro.

José Afonso da Silva identifica que sempre haverá desarmonia quando forem acrescidas atribuições, faculdades e prerrogativas de um poder em detrimento de outro.



Não haveria, portanto, qualquer estranheza na ação do judiciário de forma pontual nas esferas legislativa e executiva, de modo a fazer cumprir o seu próprio papel estabelecido pela Carta Magna. Entretanto, por ser crescente e intenso, o ativismo judicial se tornou uma questão polêmica hodiernamente.

Para se compreender as consequências dessa ação ampla do Judiciário, faz-se necessário conhecer as suas causas e uma delas é, sem dúvidas, a crise de funcionalidade do Poder Legislativo.

Esclarece Cezar Bueno que a crise do poder legislativo teve início entre as duas Grandes Guerras, quando houve grande expansão do Poder Executivo. Segundo o autor, Fatores inerentes ao avanço do capitalismo e da própria desigualdade social demandaram maior interferência do governo, o que culminou no fortalecimento do Poder Executivo. Desde então, o Legislativo perdeu o seu papel de destaque, o que se tornou ainda mais evidente, posteriormente, com o advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo que, baseados na inserção dos princípios e na adequação do texto Constitucional à realidade social, asseguraram maior interferência do Judiciário nas demandas da sociedade.

Como repercussão da supracitada crise tem-se, conforme aponta Luís Roberto Barroso, o excesso de medidas provisórias no âmbito do executivo e o próprio ativismo judicial na esfera judiciária. No que tange à criação excessiva de medidas provisórias José Sarney, presidente do Senado, defendeu, na abertura dos trabalhos legislativos do ano de 2012 que, em alguns casos, o referido instituto é uma armadilha ao aprofundamento da democracia, pela sua amplitude,

pelo tempo exíguo para ser analisada, além de ser, nas palavras de Sarney, uma porta aberta à baixa qualidade das leis e invasão de dispositivos casuísticos e inoportunos. Ainda na abertura da sessão legislativa ele acrescentou que harmonia entre os poderes não se confunde com submissão e que, para se fortalecer, o parlamento deve ser independente.

Já em relação à postura legislativa que o Judiciário vem assumindo pode-se depreender aspectos positivos e negativos. Quanto ao aspecto positivo, André Cambuy Ávila aponta o fato de o judiciário estar atendendo às demandas sociais que não foram satisfeitas a contempo, ou a tempo, pelo legislador.

Diante da inoperância ou da defasada ação do Poder Legislativo torna-se essencial a atuação do Judiciário ainda que, segundo o supracitado autor, esse seja o preço a se pagar para que o Estado Democrático seja implementado, sendo fundamental ter mecanismos capazes de assegurar a efetividade de direitos e garantias fundamentais, caso algum dos poderes não o façam.

Por outro lado, tem-se como aspectos negativos o caráter débil da democracia, ainda jovem, brasileira revelando que muito ainda há para desenvolver e consolidar, já que o reconhecimento dos direitos abstratos e gerais tem sido feito, à priori, pelos tribunais e não pelo parlamento. Acrescenta ainda que os casos graves de corrupção gera a falta de credibilidade do legislativo, distancia a população dos seus debates e diminui o caráter representativo de sua atuação.

Não resta dúvida de que a crise do legislativo repercute nas demais esferas de poder, deixando margens e, inclusive, tornando necessário o comportamento

ativista do judiciário, tal qual a ação mais abrangente do executivo. Nesses termos, conclui Luiz Flavio Gomes que: “todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio deixado”.

#### **4.2. Risco do Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática**

Legitimidade, segundo orienta Ricardo Maurício Freire Soares, é o atributo normativo que demonstra a relação entre a norma jurídica e um valor socialmente aceito de justiça. A norma jurídica é, portanto, legítima quando a maioria da sociedade a considera justa, de acordo com as condições histórico-culturais.

A ideia de legitimidade democrática está associada ao modelo de democracia por representação e esse é um dos institutos jurídicos mais analisados pela Teoria do Direito e pelas demais ciências humanas, uma vez que revela a delegação do poder que emana do povo a um determinado sujeito.

Defende Noberto Bobbio que o conceito de democracia sempre significou o governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou da minoria, mas reitera explicitando a sua visão de que “democrático” é o sistema de poder no qual as decisões coletivas são tomadas pelos membros que a compõe. Assim, é legítima a atuação daquele indivíduo escolhido pelo povo para, em prol deste, proceder.

Quando se analisa o fato de membros do Poder Judiciário não serem agentes públicos eleitos e, ainda assim, acabarem desempenhando um poder político,

além de, por exemplo, invalidarem atos dos outros poderes, surge a dúvida quanto a legitimidade existente na decisão de um órgão não eletivo, como o STF, sobrepor-se a uma decisão do presidente da República-sufragada por mais de 40 milhões de votos.

Há duas teses apresentadas por Barroso que asseguram a legitimidade democrática das ações amplas do Judiciário, uma de caráter normativo e outra de caráter filosófico.

A normativa se refere à própria atribuição conferida ao judiciário pela CF, ao passo que a filosófica se refere à necessidade de resolução de conflitos quando as regras do jogo democrático geram situações de tensões aparentes, visando preservar os direitos fundamentais, inclusive, das minorias e presar, desse modo, pela própria democracia.

Cristiane Druve Tavares Fagundes acrescenta que não deve, definitivamente, haver qualquer correlação entre o modelo de atuação judicial escolhido e o regime político e justifica tal afirmação com o exemplo clássico da França que, embora preserve um modelo que nada se aproxime de autoritarismo, adotou como regra a possibilidade do juiz ordenar a produção de provas de ofício, o que configura traço marcante do ativismo judicial.

É evidente que ainda que não tenha sido eleito pelo povo, o corpo do Judiciário atua- ou deveria atuar — para atender às necessidades sociais e, se há apoio e aprovação da sociedade, há também legitimidade.

Reitera-se, nesse sentido, que a importância da Constituição — e do judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política,

o governo da maioria nem o papel do legislativo, sob risco de perder a referida legitimidade democrática.

### **4.3. Limites ao Ativismo Judicial**

Como observado ao longo da história, todo poder deve ter limites a fim de evitar abusos e despotismos. É inequívoco, nesse sentido, que a ação do judiciário também deve ser limitada.

O limite natural de todo poder deve ser a legitimação popular, já que os três poderes devem agir de acordo com as demandas e aspirações coletivas para ser, coerentemente, exercido em nome do povo.

Segundo Clara Cardoso Machado, a Constituição como Carta Magna é considerada um limite natural dos três poderes, já que nela estão as indicações das funções típicas e atípicas de cada poder, assim como toda atividade e execução dos poderes deve ser compatíveis com a Lei Maior, preservando o princípio da primazia constitucional como caractere do neoconstitucionalismo. Reitera-se, nesse sentido, que só cabe à ação do judiciário, em questões que não lhe sejam típicas, quando o poder legislativo e executivo falharem em suas execuções.

Assevera Dirley da Cunha Júnior que a ação do juiz politizado não é ilimitada e, tampouco, ilegítima, uma vez que o juiz continua sendo imparcial e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é expressão do aumento de possibilidades de escolha e decisão numa sociedade complexa.

Luís Roberto Barroso indica dois limites que devem conter a ação do Judiciário. O primeiro é referen-

te à capacidade institucional e o segundo a cautela e deferência por parte desse órgão.

Entende-se por capacidade institucional a análise e indicação de qual Poder está mais apto para produzir a melhor decisão em determinada matéria, buscando, desse modo, assegurar a discricionariedade e razoabilidade dos juízos. Já por cautela e deferência por parte do Judiciário compreende-se a busca de uma ação mais cautelosa por parte dos juizes ao julgarem ações de repercussão política, econômica, etc., visando evitar efeitos sistêmicos indesejados.

É fato que o juiz normalmente estará apto para realizar a justiça em casos concretos, mas nem sempre o estará por falta de tempo ou até de conhecimento, para avaliar o impacto de determinadas decisões cujos efeitos sejam amplos e, inclusive, *erga omnes*. Nesse sentido, reitera Barroso que, embora quase sempre possa agir o Judiciário, nem sempre o deve.

Mais um limite, desse modo, é a avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, optando pela autolimitação espontânea para evitar excessos e consequências danosas à própria estrutura de organização social e econômica.

Percebe-se, portanto, que o problema referente ao ativismo judicial não está na falta de limites estabelecidos a este mecanismo, mas na falta de aplicação desses limites- vezes por falta de conhecimento acerca do conteúdo limitativo, vezes por altruísmos exacerbados do magistrado.

Só poder-se-á compreender o ativismo Judicial como instrumento concretizador e facilitador do siste-

ma democrático quando a ação ativista estiver pautada nos princípios constitucionais e objetivar a segurança e o bem estar social, revelando os anseios da população.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, pode-se apreender que:

1. A tripartição dos poderes nunca foi e nunca será uma divisão absoluta. Embora haja a indicação de competências típicas para cada Poder, haverá sempre funções atípicas que demarcarão a interferência de um poder no outro. O próprio pós- positivismo, aliado ao neoconstitucionalismo revela, inclusive através da Constituição de 1988, a necessidade de harmonização e cooperação entre os poderes. Importante se faz compreender que diante do Estado Democrático de Direito caberá inexoravelmente aos três poderes a preservação dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e do bem estar social;
2. Ativismo judicial não se confunde com judicialização, uma vez que esta é o caminho de acesso à justiça e aquele é a ação do Judiciário, cada vez mais ampla e exacerbada, para a realização de suas demandas;
3. Entende-se por Ativismo Judicial Inovador aquele através do qual o juiz, independentemente da Constituição, cria uma nova lei ou modifica a existente para aplica-la a uma determinada situação. Já o ativismo revelador é a criação de normas ou regras pautadas em va-

lores constitucionais, na tentativa de ampliar o entendimento ou aplicação de princípios ou regras lacunosas;

4. A crise de funcionalidade do Poder Legislativo repercute diretamente nos outros dois poderes. Tem-se o excesso de edições de Medidas provisórias pelo poder executivo e o próprio ativismo judicial pelo Poder Judiciário, como reflexos da referida crise;
5. Embora não seja eleito pelo povo, o Poder Judiciário não perde a sua legitimidade democrática quando atua dentro das conformidades constitucionais e de acordo com as demandas e objetivos da sociedade. Nesse sentido, reitera-se que só cabe ao Judiciário agir em esfera legislativa ou executiva para suprir lacunas deixadas por tais órgãos e, ainda assim, atentando para as aspirações da coletividade. Frisa-se, ainda, que para suprir tais lacunas, é cabível o Ativismo Judicial inovador, desde que, ao criar novas normas, não ultrapasse o critério da legitimidade democrática;
6. Ao compreender que o ativismo tornou-se necessário diante do contexto atual, fundamental se faz apontar alguns limites para evitar que o crescimento excessivo do referido instituto não venha a causar danos à estrutura administrativa e social do país;
7. Aponta-se como limites ao Ativismo Judicial: a legitimação popular, já que os poderes devem agir pautados nas aspirações coletivas; a própria Constituição, suas delimitações e prima-



zia, como limitadora da ação do judiciário; a capacidade institucional que é a indicação de qual poder tem maior capacidade para produzir a melhor decisão sobre uma específica matéria, presando pela discricionariedade e razoabilidade do juízo. Por fim, aponta-se, ainda, a necessidade da cautela e deferência por parte do Judiciário que é a autolimitação espontânea do referido poder quanto à análise e julgamentos de situações que, por falta de tempo ou conhecimento, não esteja apto à avaliar, evitando prejuízos de ordem social e administrativa;

8. O Ativismo Judicial, ao assumir um caráter revelador e concretizador do Direito, não apresenta qualquer problema quanto à sua legitimidade. Apenas, ao desrespeitar os limites naturais democráticos, constitucionais e doutrinários é que ultrapassa a esfera cada vez mais ampla de atuação do Judiciário, invadindo, desenfreadamente, a esfera dos demais poderes, evidenciando-se, nesse sentido, como um problema.



# Capítulo VI

## Responsabilidade civil objetiva, a exceção que virou regra

**Sara Oliveira de Souza**

Graduanda da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 7º semestre.  
E-mail: sara\_souzza@hotmail.com



# Responsabilidade civil objetiva, a exceção que virou regra

**Resumo:** Este artigo possui a finalidade de buscar uma maior compreensão acerca da responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade civil objetiva. Como surgiu o instituto da responsabilidade e como ocorre a sua aplicação. Como consequência das transformações socioeconômicas, e com a busca incessante de reparar os danos sofridos pelas vítimas, a responsabilidade civil vem ganhando força nos últimos tempos. Atualmente nossa sociedade está exposta a inúmeros riscos, seja pela exploração da atividade econômica, fruto do capitalismo e da busca incansável por maiores riquezas, seja pela má atuação estatal, que em alguns casos nos coloca em risco, bem como o risco pode derivar das nossas relações privadas. A responsabilidade civil a cada dia que passa sofre mudanças em seu elemento principal de investigação afasta-se da teoria da culpa e aproxima-se da teoria do risco. O que era a regra, no caso, responsabilidade civil subjetiva baseada na teoria do risco, passa a ser tratada como a exceção, dando lugar a responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco.

**Palavras-chaves:** Responsabilidade civil. Reparação. Dano. Teoria do risco.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Origem da responsabilidade civil — 3. Responsabili-

dade civil subjetiva — 4. Responsabilidade civil objetiva — 5. Principais distinções entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva — 6. Exemplos de responsabilidade civil objetiva à luz do código civil de 2002 — 7. Conclusão — 8. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Responsabilidade na teoria geral do direito é um instituto que se refere ao descumprimento de um dever jurídico, vislumbrada em todos os ramos do direito. Em função disso, temos responsabilidade tributária, civil, penal, dentre outras. Quando nos referimos à responsabilidade civil, estamos nos referindo, logicamente, ao descumprimento de dever jurídico civil, aquele que contraria norma jurídica imposta.

Hoje há uma tendência de não deixar a vítima de atos ilícitos sem reparação, o que enseja uma sobrecarga de ações de indenizações das mais variadas espécies. Quem pratica um ato ou se omite (de forma tal que cause dano), deve arcar com as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra de equilíbrio social, na qual se resume o problema da responsabilidade<sup>1</sup>.

Como explana José de Aguiar Dias, “a multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitarista, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para

---

1. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que antigamente”<sup>2</sup>.

## 2. ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Encontramos o ponto de partida da responsabilidade civil no Direito Romano. É em Roma que vemos a primeira ideia de responsabilidade derivada da máxima *neminem laedere* de Ulpiano, que significa “a ninguém ofender”, é a ideia de que a ninguém se deve lesar<sup>3</sup>. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, nessa época, não havia ainda regras nem limitações, dominava a vingança privada. No Direito Romano a culpa traz em seu conteúdo a ideia de castigo, por forte influência da Igreja Católica. A culpa era, antes de qualquer coisa, mero pressuposto do dever de indenizar<sup>4</sup>.

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. Então, em um primeiro momento a responsabilidade civil é subjetiva, aqui a culpa é um elemento existencial, só se pode dizer que há responsabilidade civil se houver: conduta humana, culpa, causalidade e dano<sup>5</sup>.

A nossa regra geral da responsabilidade civil é subjetiva, porque a culpa está como elemento nucle-

- 
2. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.
  3. FILHO, Rodolfo Pamplona; STOLZE, Pablo. *Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil* 3. 10. ed. São Paulo:Saraiva, p. 48.
  4. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*, 6. ed. São Paulo: Método, p.316.
  5. Idem. *Ibidem*, p.316.

ar. Ocorre que com o passar do tempo, muitas mudanças ocorreram e no século XIX junto com revoluções industriais se inicia o processo capitalista<sup>6</sup>. Há a massificação das relações, principalmente de trabalho. Dessa massificação uma questão importante surge: a questão dos acidentes de trabalho. Logo de início, quando acontecia um acidente de trabalho o sujeito tinha que encaixar aquilo na culpa no empregador, a lei exigia a prova da culpa do empregador. Essa prova da culpa ficou conhecida como a prova diabólica, porque era uma prova difícil de fazer.

Na França, onde isso começou a legislação estabeleceu que nesses casos de acidentes de trabalho poderia se aplicar a inversão do ônus da prova, estabelecendo que em caso de acidentes de trabalho, a culpa do empregador seria presumida, com isso o empregado fica dispensado de provar. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos e trabalho que provocaram o infortúnio<sup>7</sup>. A responsabilidade seria encarada sob o aspecto subjetivo, o operário, vítima do acidente do trabalho, tem sempre direito a indenização, sendo culpa ou não do empregador<sup>8</sup>.

Chegamos então ao estágio da culpa presumida. Aqui, não se trata de ignorar a culpa, mas tão somente de inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima. Na prática, as presunções de culpa foram passando, por meio de atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de

6. Idem. *Ididem*, p.317.

7. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

8. Idem. *Ibidem*, p. 49.



que, ao final já se presumia de forma definitiva a culpa do ofensor<sup>9</sup>. Nas relações contratuais, por exemplo, a culpa é sempre presumida<sup>10</sup>.

O grande desenvolvimento tecnológico sofrido pela sociedade ao longo do tempo, acabou por nos levar a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco<sup>11</sup>. Mesmo com o surgimento do Estado de Direito o homem não deixa de se submeter a certas situações de risco que possam lhe proporcionar benefícios e/ou vantagens. O direito chegou para pedir uma espécie de contra partida para aqueles que exercem essas atividades arriscadas. Com base na teoria do risco fundou-se a chamada responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil objetiva surge baseada na teoria do risco e visa distribuir o risco, não sendo arcado somente pela sociedade, mas também por aquele que pratica o atividade arriscado. O centro da responsabilidade deixa de ser a culpa e passa a ser a causalidade entre o dano e a conduta do agente res-

9. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

10. “O Código Civil brasileiro de 2002 converteu em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações de culpa presumida a que a jurisprudência vinha dando tratamento rigoroso. É o que se verifica na responsabilidade por fato de terceiro, como a dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua guarda e companhia (artigo 932, inciso I, do Código Civil). Também foi o que ocorreu com a responsabilidade por fato de animais, em que se eliminou a excludente fundada na demonstração de que houvera guarda e vigilância do animal “com cuidado preciso”, constante na codificação de 1916.” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 32).

11. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*, 6. ed. São Paulo: Método, p.317.

ponsável<sup>12</sup>. Deve-se pensar em ressarcir o dano que alguém causou. Contudo, devemos ter em mente que a responsabilidade civil objetiva não se baseia somente na teoria do risco, visto que, existem casos que são especificados em lei e que ensejam responsabilidade objetiva, previsto no Parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002<sup>13</sup>.

Na realidade, a evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do Direito Privado no século XX. A Revolução Industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a ideia da solidariedade social têm efeito da responsabilidade civil rumo das questões mais discutidas do Direito Privado Contemporâneo<sup>14</sup>.

Segundo José de Aguiar Dias, os estágios em que se processa essa evolução da responsabilidade civil, mostram nitidamente que a reparação do dano é inspirada, antes de mais nada, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador<sup>15</sup>.

12. FILHO, Rodolfo Pamplona; STOLZE, Pablo. *Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil* 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

13. Artigo 927 do Código Civil. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

14. WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro, *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 845, São Paulo: RT, mar. 2006, p. 84.

15. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A teoria clássica elenca como elementos constitutivos da responsabilidade civil subjetiva a conduta culposa, o nexo de causalidade e o dano.

Conduta é o comportamento humano movido pela vontade. Vontade, por sua vez, é o elemento anímico que move o comportamento. Não se deve confundir vontade com desejo, a vontade é a força que determina o comportamento humano de maneira que não se pode considerar conduta o comportamento sem vontade. Cavaliere Filho, explana que para ensejar a responsabilidade civil a conduta deve ser culposa, e que cause dano a outrem, levando ao direito de reparação<sup>16</sup>.

A conduta pode ser positiva ou negativa, ação e omissão, respectivamente. A ação, consiste em um comportamento positivo, um fazer, por exemplo, a lesão corporal causada em alguém. A omissão, por sua vez, se caracteriza por um comportamento de abstenção, é um não agir quando o momento pedia um agir, por exemplo, omissão de socorro. Devemos prestar atenção a omissão, a responsabilidade civil é essencialmente por ação, pois os deveres jurídicos são de omissão, só será por omissão, quando o dever jurídico for de ação. A culpa só é exigida quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva.

A causa é essencial, pois é com base nela que se estabelece a responsabilidade, por isso o nexo causal é um dos elementos da responsabilidade civil subjetiva. Segundo Sérgio Cavaliere, o problema do nexo

---

16. CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa. É preciso que a conduta ilícita tenha sido causada pela conduta ilícita do agente, que existia, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.

Temos várias teorias acerca do nexos causal, três merecem destaques, a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da ruptura do nexos causal. A teoria da equivalência dos antecedentes se baseia no princípio de que todas as condições para o evento são causas, vai eliminando condições. Com base nessa teoria nunca chegaríamos a um fim, por isso, ela foi abandonada. A teoria causalidade adequada inverte o raciocínio, ela analisa as condições e estabelece qual delas é causa daquela situação, ela isola uma condição e verifica se ela deu causa.

O problema é que deixa um campo muito grande para a discricionariedade, já que não temos como saber qual a condição mais adequada. E a teoria da ruptura do nexos causa, também chamada de teoria da causalidade imediata ou direta, estabelece que seria o último fato aquele que deu origem a um novo processo causal que resultou no evento. Sérgio Cavalieri estabelece que, considera-se como causa apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Alguns dizem que essa última é a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, por conta do seu artigo 403<sup>17</sup>.

---

17. Artigo 403 do Código Civil – “Ainda que a inexecução [descumprimento do dever jurídico] resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por

Segundo Sergio Cavalieri, pode haver responsabilidade em culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar pressupõe um dano e sem ele não há indenização devida. Lembrando que, sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar<sup>18</sup>. Aqui falamos em dano moral e patrimonial.

O dano material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima; abrange as coisas corpóreas, bem como as incorpóreas, como os direitos de crédito. O dano moral, por sua vez, comportar diversos entendimentos, há quem alegue um conceito negativo, dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial; e aqueles que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento<sup>19</sup>.

Em síntese, para que seja configurada a responsabilidade civil subjetiva se faz necessário a observância desses elementos, sem os quais não poderá haver responsabilização.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Aqui também há a necessidade de se verificar o nexo de causalidade e o dano, só não será necessário o elemento culpa, que pode ou não existir. Como explica Sergio Cavalieri, é indispensável a existência de causalidade porque, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem

---

efeito dela direto e imediato [efeito da inexecução], sem prejuízo do disposto na lei processual.”

18. CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

19. Idem. *Ibidem*, p. 88.

não tenha dado causa ao evento. A responsabilidade objetiva surge baseada na teoria do risco e visa distribuir o risco, não sendo somente da sociedade, mas da sociedade e de quem pratica.

O centro da responsabilidade deixa de ser a culpa e passa a ser a causalidade. Risco, segundo Sergio Cavalieri é a probabilidade de dano, logo, quem exerce atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano que dela vier. O artigo 186 combinado com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil estabelecem a cláusula geral da responsabilidade objetiva. Contudo, o discurso do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva é questionável, o legislador atribuiu à criação de risco um papel relevante de responsabilidade objetiva, mas não se configura como a única fonte. Há hipóteses legais que preveem a responsabilização independente de culpa em que a criação de um risco pelo sujeito se mostra de difícil identificação<sup>20</sup>.

Analizando o artigo 927<sup>21</sup>, parágrafo único, do Código Civil, verificamos que ele utiliza a palavra “atividade”, que vem a ser uma soma de atos humano, e não uma atuação isolada<sup>22</sup>. Destacando que não é a

---

20. SCHRIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29.

21. Artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

22. TARTUCE, Flávio. A cláusula geral da responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. *RTDC*, ano 13, v. 50, abr./jun. 2012, p.103.

atividade que a pessoa exerce como meio, mas atividade que exerce como fim. Destacando que a norma não condicionou, expressamente, a aplicação apenas em casos de exploração econômica ou se a finalidade da atividade seria a obtenção de lucro por parte do agente causador<sup>23</sup>. Visto que, existem pessoas que exercem atividade de risco que não gera obtenção de lucro, por exemplo, hospitais filantrópicos.

O artigo ainda utiliza a expressão “normalmente desenvolvia pelo autor do dano”, esse normalmente possui dois sentidos: uma atividade habitual (não esporádica) e produzida dentro das normalidades. Deixa-se claro que o que se desenvolve não é anormal, ou seja, pode-se pensar em uma atividade lícita, regulamentada e permitida pelo ordenamento jurídico, por exemplo, uma empresa que coloca um brinquedo no mercado, sendo uma atividade lícita; todavia, se esse brinquedo apresentar um problema de mau funcionamento, estará presente o vício de qualidade o produto, respondendo o fabricante e o comerciante solidariamente nos termos do artigo 18, *caput*, da Lei nº 8078/90<sup>24</sup>.

Por fim, o artigo 927 diz ainda que a atividade “implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, ou seja, o risco decorre da própria essência da atividade, por exemplo, o risco produzido pela atividade de uma empresa que fabrica fogos ou uma empresa

23. KIRCHNER, Felipe. A Responsabilidade Civil Objetiva no Art. 927, Parágrafo Único, do CC/2002. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 871, São Paulo: RT, maio 2008, p. 49.

24. TARTUCE, Flávio. A cláusula geral da responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. *RTDC*, ano 13, v. 50, abr./jun. 2012, p.105.

que coloca no meio social um produto ou serviço potencialmente perigoso, como o cigarro<sup>25</sup>. Ressaltando que risco é a potencialidade de causar dano.

Como tipos de responsabilidade civil objetiva temos o abuso de direito, fato de terceiro, fato de coisa ou animal, fato de produto, responsabilidade nas relações de consumo e responsabilidade civil do estado.

Em síntese, a responsabilidade civil busca hoje encontrar um justo equilíbrio entre o direito à segurança do cidadão e as atividades empresariais necessárias ao desenvolvimento da economia brasileira<sup>26</sup>. Mas, não se exaure nas atividades empresariais, indo além alcançando outros setores, como o fato de terceiro e até mesmo a atuação estatal.

## **5. PRINCIPAIS DISTINÇÕES ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA**

A responsabilidade civil surge com um caráter subjetivo, a culpa está presente. Se a culpa não estiver no fato não se consegue fazer a subsunção e portanto, não há responsabilidade; o fato não passa pelo filtro da norma e não enseja a sua consequência.

De acordo com o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, em face da teoria clássica, a culpa era

---

25. TARTUCE, Flávio. A cláusula geral da responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. *RTDC*, ano 13, v. 50, abr./jun. 2012, p.107.

26. WALD, Arnold. A Evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito Francês e Brasileiro. *Revistas dos Tribunais*, ano 95, v. 845, mar. 2006, p.87.



fundamento da responsabilidade, lembrando que essa teoria também era chamada de teoria da culpa, que pressupõe a culpa como elemento da responsabilidade civil. A lei impõe, entretanto, que em algumas situações haja a reparação de um dano cometido sem culpa. Nesses casos, temos a responsabilidade objetiva, pois prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexó de causalidade<sup>27</sup>. Devemos ter em mente que os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois precisam de culpa, ainda que presumida.

## **6. EXEMPLOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Nos artigo 932, do Código Civil de 2002 diz que: “São também responsáveis pela reparação civil: II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimento onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”.

Destrinchando o inciso II do artigo 932, vemos a responsabilidade do tutor e do curador por danos a terceiros cometidos pelo seu tutelado e curatelado, respectivamente. A tutela é um instituto de caráter assistencial que tem por finalidade substituir o poder familiar, protegendo o menor não emancipado e seus bens, se seus pais falecerem ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal; a tutela é, portanto, um complexo de direitos e obrigações conferidos pela

---

27. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

lei a terceiro, para que proteja o menor que não se acha sob o poder familiar e administre seus bens<sup>28</sup>. O curador, por sua vez, representa o maior incapaz, em razão de loucura, surdo-mudez ou prodigalidade, de acordo com o artigo 1.767, do Código Civil<sup>29</sup>.

Ambos são considerados *munus publicum*, eles assumem o ônus sem qualquer bônus. Entretanto, a lei lhes atribuiu responsabilidade objetiva como consectário do encargo social que desempenham, não com a finalidade de sancionar a criação ou majoração do risco, mas com o objetivo exclusivo de indenização a quem se vê lesado pelo ato de uma pessoa que recebe do direito especial proteção<sup>30</sup>. Revela-se questionável essa atribuição, visto que, pode de alguma forma desestimular aqueles que estariam dispostos a assumir tal ônus. Uma alternativa seria a atribuição de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, pois assim, lhes daria, ao menos, a oportunidade de provar que não tiveram culpa<sup>31</sup>.

O artigo 938, do Código Civil, estabelece a responsabilidade objetiva dos habitantes de prédio, ou parte

---

28. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 556.

29. CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 212.

30. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29-30.

31. "Alguns autores sugerem que o juiz, ao analisar a responsabilidade dos tutores e curadores, seja mais benigno que me relação aos pais, posto que exercem atividade com um *munus publicum*, muitas vezes sem qualquer remuneração. No exame da cada caso concreto, a sugestão pode e deve ser levada em consideração". (CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 212).

dele, por danos provenientes das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido<sup>32</sup>. Ficou assim estabelecido porque a vítima não pode ficar sem reparação. É um tema controverso, por exemplo, o sujeito está viajando e durante a viagem algum objeto se desprende do apartamento de qualquer um dos moradores e estraga um carro estacionado, caso não se saiba quem é o dono do objeto que caiu, ele responderá objetivamente pelo dano, assim como os seus vizinhos.

Há também a responsabilidade do dono, ainda que o preposto não estivesse autorizado a dirigir o veículo. Ainda que o preposto tenha abusivamente se apoderado da direção do veículo, porque, não autorizado expressamente pelo dono, este responderá solidariamente pelos prejuízos que aquele causar a terceiro. Responsabilidade do dono, mesmo quando o veículo tenha sido usado pelo preposto sem autorização e fora do horário de trabalho<sup>33</sup>.

## 7. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, extrai-se que, em princípio a responsabilidade subjetiva era a regra geral do nosso ordenamento, fundada na teoria da culpa. O Código Civil de 2002 inovou ao criar a categoria da responsabilidade civil objetiva, independente de culpa. Hoje, podemos afirmar que a responsabilidade civil está mais voltada para a responsabilidade civil objetiva do que para a responsabilidade civil subjeti-

32. Artigo 938. “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”. (Código Civil de 2002).

33. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.155.

va. Verificamos que ao longo desses anos, houve uma objetivação da responsabilidade com o intuito de jamais deixar a vítima sem reparação. Tal sistema se revela perigoso, pois, a culpa não é mais considerada como um elemento constitutivo, e existem situações em que o sujeito efetivamente não teve culpa, mas ainda assim será responsabilizado.

Sabemos que a vida moderna é cercada de riscos, e que aqueles que expõem a sociedade ao risco deve responder por eles, porém só deveriam responder objetivamente quando não tivessem empregado todos os meios normais de segurança.

Devemos reconhecer que a criação do instituto da responsabilidade civil objetiva foi um grande avanço para nosso ordenamento, visto que, conseguiu reparar as vítimas que possuíam dificuldades de provar a conduta culposa do ofensor. Entretanto, a responsabilidade civil objetiva gerou um aumento dos números de ações indenizatórias ajuizadas nos últimos tempos, o que deve ser visto com cautela. Em alguns casos, deveria ser possível a demonstração de prova em contrário. Caberá ao juiz, portanto, analisar as circunstâncias e condições de cada caso, de forma a não deixar a vítima sem reparação, nem condenar a reparação quem não deu causa ao dano ou, ao menos.

## 8. REFERÊNCIAS

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 845, São Paulo: RT, mar. 2006.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KIRCHNER, Felipe. A responsabilidade civil objetiva no art. 927, parágrafo único, do CC/2002. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 871, São Paulo: RT, maio 2008.
- TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 13, v. 50, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2012.
- TATURCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. v. 2. São Paulo: Método, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PAMPLONA, Rodolfo Filho; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil 3*. São Paulo: Saraiva 2012.
- CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.



# Capítulo VII

## Análise do caso da médica Katia Vargas, a luz dos institutos da prisão preventiva e do clamor público

**Thais Figueredo Santos**

Aluna da Faculdade Baiana de Direito, 5º semestre  
E-mail: [thais-figueredo@hotmail.com](mailto:thais-figueredo@hotmail.com)





# Análise do caso da médica Katia Vargas, a luz dos institutos da prisão preventiva e do clamor público

**Resumo:** O presente artigo visa realizar uma análise sobre o caso da médica Katia Vargas, uma vez que o presente caso fez emergir na comunidade jurídica dúvidas acerca da possibilidade de haver decretação de prisão preventiva por conta do clamor público, instituto este que não encontra previsão legal, conforme se verifica a partir da análise do artigo 312 do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Requisitos. Caso concreto. Clamor público.

**Sumário:** 1. Situação Fática: 1.1. Acusação; 1.2. Defesa — 2. Prisão Preventiva: 2.1. Conceito; 2.2. Pressupostos; 2.3 Hipóteses de decretação; 2.4. (Im)Possibilidade de aplicação ao caso concreto — 3. Clamor Público: 3.1. Conceito; 3.2. Aplicação ao caso concreto — 4. Considerações finais.

## 1. SITUAÇÃO FÁTICA

No dia 15/10/2013, por volta das 08h30minh, no município de Salvador, ocorreu um acidente de trânsito envolvendo os irmãos Emanuelle Gomes Dias e Emanuel Gomes Dias, e a médica Katia Vargas. Os irmãos estavam em uma moto e, após a colisão, evolu-

íram a óbito. Testemunhas relatam que Katia, estava conduzindo o carro em alta velocidade e lançou o automóvel sobre as vítimas, colidindo assim na traseira da moto, após a colisão ela teria perdido o controle do carro e colidido na grade de proteção de um hotel alguns metros depois. Testemunhas que estavam no local do acidente afirmam que minutos antes havia existido uma discursão entre as vítimas do acidente e a condutora do veículo, no calor da discursão a vítima havia batido com o capacete no capô do carro da Sra. Katia, após esse ocorrido a condutora do veículo havia perseguido as vítimas e então ocorreu o acidente<sup>1</sup>.

### **1.1. Acusação**

Segundo a acusação Katia Vargas, deve responder por Homicídio doloso, uma vez que a partir da análise do caso concreto a acusação entende como sendo claro a existência do dolo (intenção) por parte da agente. Portanto, a médica será denunciada com base no artigo 121, parágrafo 2, do código penal, que trata do homicídio qualificado. Considera-se o homicídio qualificado por motivo fútil, uma vez que se percebe na conduta da agente uma desproporção, desproporção esta vista entre a conduta da vítima e a reação da agente. A autora do crime também terá sua pena agravada pelo artigo 61, II,d CP, uma vez que a conduta da agente resultou em perigo comum, afinal estava em alta velocidade em uma via com muitos transeuntes, e também terá sua pena agrava pelo artigo 61,II,c, CP , uma vez que o ofendido ficou im-

---

1. Cf.<<http://m.atarde.uol.com.br/iphone/noticia/index.jsf?id=5934468&canalId=1120>>.

possibilitado de se defender, afinal a colisão ocorreu na traseira da motocicleta.

## 1.2. Defesa

A defesa da acusada pode se fundamentar em quatro teses distintas, quais sejam: Culpa consciente, Injusta provocação da vítima, Estado de hipervigilância e Surto psicótico.

Como primeira tese que pode ser apresentada pela defesa temos a culpa consciente, este instituto se faz presente quando o agente embora prevendo o resultado, acredita *sinceramente* na sua não ocorrência, dando continuidade à sua conduta. Aqui devemos pensar da seguinte forma: que a autora do delito queria apenas assustar as vítimas, uma vez que esta já havia sido insultada anteriormente pelas vítimas, como é visto nos relatos. Logo, percebe-se que a autora consegue prever o resultado (pensar que em havendo colisão o condutor da moto e o passageiro se lesionariam.), mas não acredita que vai ocorrer (sinceramente acredita que não vai ocorrer resultado mais gravoso, uma vez que a sua intenção apenas foi assustar os agentes.). A presente tese é contestada pela defesa, pois segundo laudos periciais não foi encontrado no local do acidente marcas de freio.

A segunda tese que possivelmente pode ser suscitada pela defesa é a que o crime foi cometido sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima, aqui estaríamos diante de um homicídio privilegiado, que encontra seu fundamento legal no artigo 121, parágrafo 1 do código penal. Aqui o agente atua com dolo de ímpeto, que se faz presente

quando o agente executa o crime sobre efeito do impulso de paixão ou extraordinária excitação de ânimo, de modo que não há lapso temporal entre a resolução criminosa e a prática do crime. Tal tese é totalmente cabível no caso afinal se percebe a injusta provocação quando as testemunhas relatam que a vítima bateu o capacete em cima do capô do carro da vítima, e ela possivelmente iniciou a perseguição, pois estava sob o domínio de violenta emoção.

Outra tese que pode ser levantada pela defesa é que a condutora do veículo, Katia Vargas, se encontrava em estado de hipervigilância<sup>2</sup>, que consiste em um estado mais elevado de sensibilidade sensorial acompanhado por uma intensidade exagerada dos comportamentos cujo objetivo principal é detectar as ameaças. O hipervigilante é também acompanhado por um aumento do estado de ansiedade que pode causar esgotamento, outros sintomas incluem ser altamente responsivo aos estímulos (exagero) e análise constante do meio ambiente de ameaça. Aqui se faz presente à ideia que Katia, se encontrava em um estado excessivo de temor, logo teria cometido o crime para se defender. Esse estado de hipervigilância se assemelha a uma ideia de legítima defesa putativa (imaginária).

Por derradeiro a defesa pode se debruçar sobre os ensinamentos da psiquiatria e da psicologia para apresentar uma defesa baseada na existência de um surto psicótico. Segundo o médico psiquiatra Dr. Deyvis Rocha, o surto psicótico deve ser conceituado da seguinte forma: Compreende na possibilidade da pessoa, de maneira súbita, passar a apresentar os sin-

---

2. Cf. <<http://es.wikipedia.org/wiki/Hipervigilancia>>.

tomas de delírios e alucinações<sup>3</sup>. Sabe se também que pode surgir em decorrência de eventos extremamente estressantes ou um único evento muito estressante. No mais vale ressaltar que qualquer pessoa está ariscada a passar por isso, tendo mais chance pessoas que sofrem estresse intenso e contínuo e pessoas com transtornos de personalidade. Diante do exposto concluo que tal tese pode ser adotada acreditando que Katia Vargas, sofreu um delírio, que compreende um falso juízo da realidade, que faz a pessoa acreditar em coisas que não existem, tais como a pessoa pode acreditar que o outro quer fazer algum mal, prejudica-la ou até mata-la.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA

### 2.1. Conceito

Com base nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>4</sup>, a prisão preventiva, compreende uma medida cautelar, onde há a interrupção da liberdade do réu, por razões de necessidade, nunca esquecendo de analisar os requisitos estabelecidos em lei. Requisitos estes que se fazem presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal. Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues<sup>5</sup> estabelecem que apenas há o cabimento de prisão preventiva se presente o lastro probatório mínimo a indicar o acontecimento da infração, os sujeitos envolvidos, e se tornando indispensável à existência de motivo legal que justifique o encarceramento.

3. <<http://deyvisrocha.com/surto-psicotico-sintomas-e-tratamentos/>>.

4. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed.

5. TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*.

## 2.2. Pressupostos

O pressuposto para a decretação da prisão preventiva consiste na existência da prova do crime, ou seja, a materialidade delitiva deve estar comprovada, e deve haver indícios suficientes da autoria, não é preciso que haja prova robusta basta haver indícios<sup>6</sup>.

## 2.3. Hipóteses de decretação

Além de necessário comprovar a autoria do delito e a materialidade delitiva, devemos levar em consideração outros requisitos estabelecidos em lei para que possamos autorizar a decretação de prisão preventiva. A decretação de prisão preventiva deve acontecer quando considerada extremamente necessária, uma vez que o réu terá sua liberdade constipada, seu direito de ir e vir violado, antes de ser devidamente julgado por autoridade competente.

Analisando o artigo 312 do código de Processo Penal, haverá decretação de prisão preventiva para assegurar a garantia da ordem pública. A garantia da ordem pública compreende um conceito jurídico indeterminado, mas que, basicamente, significa que há indícios de que o imputado voltará a praticar novos delitos se permanecer em liberdade. Segundo Bailéu Garcia: *“Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com*

---

6. TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*.

*a infração cometida. Tratam-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo”.*

Seguindo o disposto no artigo a prisão preventiva pode ser declarada a fim de garantir a ordem econômica, aqui o Estado visa coibir os abusos a ordem econômica, ou seja, visa conter o ívido para que este não continue cometendo novas infrações que afetem a ordem econômica.

Esta medida cautelar pode ser tomada quando for conveniente para a instrução criminal, aqui tutela-se a livre produção probatória, evitando que o agente destrua provas, ameace testemunhas ou que de alguma forma comprometa a averiguação da verdade.

Por fim outro fundamento para se decretar a prisão provisória compreende na hipótese onde se quer garantir a aplicação da lei penal, esta medida visa evitar o desaparecimento do autor do delito, que quer se eximir do cumprimento de pena. Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga.

#### **2.4. (Im)Possibilidade de aplicação ao caso concreto**

Após a análise do instituto da prisão preventiva e das suas hipóteses de cabimento, podemos concluir que no caso narrado não se aplicaria esta medida cautelar uma vez que a ré não oferece riscos à sociedade, trata-se de uma profissional da área de saúde com emprego fixo, moradia, sem maus antecedentes, logo não há como fundamentar a prisão preventiva da acusada na garantia da ordem pública, afinal se a

mesma tiver em liberdade não voltara a praticar novos delitos. Não há o que se falar sobre a garantia da ordem econômica em tal caso. A prisão preventiva da ré também não poderia ser fundamentada na garantia de aplicação da lei penal, uma vez que inexistem provas, fundamentos de que a mesma iria fugir para que não se aplicasse a norma penal, além de que a análise da condição econômica do réu não é suficiente para que haja a necessidade de decretação de prisão preventiva. Por fim não há o que se falar em conveniência para instrução criminal afinal não haveria como a ré destruir provas, nem muito menos ameaçar as testemunhas, afinal estamos falando de um acidente de trânsito teria como a ré ameaçar todos os transeuntes presentes no local do fato? Acredito que não, uma vez que o número de testemunhas é muito grande, logo tal requisito também não se enquadra para tal caso. Contudo, se nenhum requisito se encaixou, qual motivo dela estar presa? A resposta é simples, ela está presa em razão do clamor público, um instituto que vamos analisar no próximo tópico.

### **3. CLAMOR PÚBLICO**

#### **3.1. Conceito**

A expressão clamor público pode ser definida como o a indignação ou comoção popular no meio social em decorrência da prática de crimes em circunstâncias peculiares causadoras dessa repercussão. Odone Sanguiné, citado por Alberto Wunderlich, esclarece que “[...] clamor público não significa o simples vozerio, ou os gritos de várias pessoas juntas apontando alguém como culpado, nem se confunde



com o conceito mais amplo de ordem pública<sup>77</sup>. Este instituto não encontra nenhum fundamento legal, compreendendo por tanto um ato altamente discricionário, que viola preceitos fundamentais estabelecidos na constituição federal. Todavia, muitas vezes, a prisão preventiva é decretada fundamentada no clamor público para simplesmente aquietar a população que se viu indignada com a prática de determinada infração, servindo como uma forma de antecipação de pena, que é algo absolutamente vedado pela ordem jurídica vigente.

### 3.2. Aplicação ao caso concreto

Como vimos o instituto do clamor público não encontra respaldo legal, e inclusive viola preceitos fundamentais estabelecidos em nossa Carta Magna tais como o que toda pena pressupõe a existência do devido processo legal (Art. 5º, LIV, da Constituição Federal), além dos direitos ao contraditório e a ampla defesa (Art. 5º, LV, da Constituição Federal). No meu ver o estado ao deixar se seduzir pelo clamor público esta delegando a tutela jurisdicional ao Povo, uma vez que deixa de exercer sua soberania, afinal você tem um clamor público prevalecendo sobre normas de direito positivo, sobre princípios norteadores da ordem jurídica, sendo, portanto tal fundamento altamente genérico e abstrato não encontrando credibilidade perante os institutos previstos por lei. Deste modo, concluo que as prisões cautelares, somente devem ser utilizadas quando demonstrada a sua incontrastável

---

7. <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9843&revista\\_caderno=27](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9843&revista_caderno=27)>.

necessidade, e obviamente, desde que a lei autorize a custódia para o caso específico, não podendo a prisão preventiva ser decretada com base em fundamentos genéricos e abstratos tal como o clamor público, mas sim, com base em previsões legais aptas a autorizar a prisão preventiva do acusado.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto nos resta concluir que diante do caso analisado a prisão preventiva da ré foi decretada erroneamente, uma vez que segundo a ordem jurídica vigente não há como se falar na decretação de tal medida cautelar, compreendendo no meu ver uma decisão contra legem, onde o poder judiciário se deixou seduzir pela comoção social.

# Capítulo VIII

## Democratização da União Europeia: A Construção do federalismo Europeu a partir de uma identidade europeia cidadã sobre os ares do constitucionalismo

**Thais Rivera**

Graduanda da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 4º semestre  
E-mail: [thaisrivera@live.com](mailto:thaisrivera@live.com)



# Democratização da União Europeia: A Construção do federalismo Europeu a partir de uma identidade europeia cidadã sobre os ares do constitucionalismo

**Resumo:** Para a criação de um estado federalista europeu faz-se necessária uma identidade europeia forjada no constitucionalismo e na cidadania. Não se pode pensar na criação de uma identidade, no nível europeu, do mesmo modo que se deu no contexto dos Estados nacionais, tal identidade é própria da modernidade e tende a ser preservada. A identidade europeia, por sua vez, deve ser construída tal qual uma identidade cidadã, em torno de um constitucionalismo e uma constituição que além de material seja formal. A integração europeia se faz ainda mais necessária em uma conjuntura de globalização acelerada e de crise econômica.. O federalismo mostra-se uma via adequada para que se dê essa integração. O federalismo é um modelo que permite a manutenção da diversidade cultural e um controle cidadão e democrático. O federalismo deve ser pautado em uma identidade cidadã e deve surgir em uma atmosfera constitucional. A integração europeia, premente, só pode se

incrementar de forma democrática e consoante ao Direito Constitucional.

**Palavras-chave:** União Europeia. Crise econômica. Federalismo europeu. Democratização.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Formação do estado federal europeu: 2.1. Estado Federal; 2.2. Evoluções histórica da União Europeia; 2.2.1. Tratado de Lisboa; 2.3. Globalização e crise — 3. Identidade europeia: 3.1 Formações da identidade nacional no contexto do surgimento dos estados nacionais modernos e suas vicissitudes; 3.2 Cidadania e participação como vias de construção da identidade europeia; 3.2.1 Déficit democrático — 4. (A construção de um) Estado Federal Europeu a partir da identidade europeia: 4.1 Razões para a criação de uma federação europeia; 4.2. Construção e necessidade de uma identidade europeia cidadã; 4.3. Democratização e constitucionalização da União Europeia; 5. Considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

Esse diploma visa estudar a possível evolução da integração europeia a um estado federal europeu, a partir de uma identidade europeia. Para isso considera-se a repercussão dos processos de globalização, sobretudo na esfera econômica e da crise econômica e financeira, como agentes locomotivos dessa necessidade premente de maior integração.

A evolução da integração europeia à formação de um Estado federal europeu pressupõe a existência de uma identidade europeia comum. Para que essa iden-

tidade se constitua deve haver uma democratização e uma constitucionalização da União Europeia, afim de que em um processo político plural haja a promoção da cidadania.

O primeiro item desse estudo explicara brevemente em que se constitui um estado federal. Seguidamente, haverá um esboço histórico da união europeia, culminando no tratado de Lisboa. A crise econômica e a globalização serão abordadas no item subsequente.

Haverá posteriormente o estudo da questão identitária, que se dividira em: Construção das identidades nacionais forjadas na modernidade e relacionadas a um conceito de povo; e a possibilidade de construção de uma identidade europeia a partir da participação popular e da cidadania, junto à superação do déficit democrático.

Seguidamente, haverá a explicação de como o modelo federativo é viável para a União Europeia, a fim de potencializar sua integração, mantendo a diversidade cultural que lhe é peculiar.

No item subsequente serra abordado à necessidade e premência da democratização e da constitucionalização da União Europeia, como mecanismos de superação da crise econômica e da tecnocracia que existe no nível da União.

Finalmente, tecer-se-ão as considerações finais, que abordarão críticas opiniões e comentários sobre o tema em relevo.

No último capítulo haverão as referências utilizadas para a construção desse diploma.

## 2. FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERAL EUROPEU

### 2.1. Federalismo

Esse item tem como escopo trazer a relevo o conceito de federalismo e de estado federal, outrossim, tem o fito de fazer uma breve esboço histórico sobre o surgimento do federalismo.

De acordo com Paulo Rogério Silva dos Santos, Hans Kelsen fixa o estado federal entre a forma unitária e a confederada de estado, ao perscrutar a amplitude da centralização ou descentralização do exercício do poder existentes em determinado estado<sup>1</sup>. Nesse sentido, acrescenta Celine Souza, “o federalismo refere-se aos laços constitutivos de um povo e de suas instituições, construídos através de consentimento mútuo e voltados para objetivos específicos, sem, contudo, significar a perda de identidades individuais”<sup>2</sup>.

Para que o estado federativo seja democrático, complementa Alfred Stepan, deve atender a dois critérios: o estado deve conter subunidades políticas territoriais autônomas, cujos eleitores são os cidadãos dessa unidade. A constituição desse estado deve, igualmente, garantir as subunidades autonomia na elaboração de políticas e leis. Ainda é necessário que haja uma unidade política nacional, que contenha um poder Legislativo que tenha competência soberana para legislar sobre determinadas matérias. Tal Poder Legislativo,

- 
1. SANTOS, Paulo Rogério Silva. Federalismo: origem e fundamentos. *RPEGE*, v. 28, n. 60, p. 67-79, Porto Alegre, jul./dez. 2004, p. 67-80.
  2. SOUZA, Celina. Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização. *Dados*, v. 41, n. 3, Rio de Janeiro, 1998.



em um sistema democrático, deve ser eleito por toda a população. Em uma federação democrática, como aduz o supradito autor, os cidadãos devem ter uma identidade política dupla e complementar<sup>3</sup>.

O Estado Federativo é um fenômeno muito antigo, pois, como assinala Paulo Rogério Silva dos Santos o estado federativo remota a Grécia antiga. Contudo, complementa o autor, o marco do estado Federal nos moldes atuais é a Constituição americana de 1787, que uniu permanentemente os estados a fim de formar um novo país<sup>4</sup>.

Atualmente, como aponta Alfred Stepan, o federalismo pode vir a ser uma forma interessante para algumas sociedades multinacionais<sup>5</sup>. Nesse ponto, questiona-se se é possível a existência simultânea dessas, vistas alhures, identidades duais.

## 2.2. Evolução histórica da união europeia

Esse item cumpre fazer um breve esboço histórico no que concerne a constituição e o desenvolvimento da União Europeia, destacando-se o Tratado de Lisboa.

Segundo o site oficial da União Europeia após o fim da segunda guerra os países europeus buscavam uma paz duradoura entre si, de modo a que não se repetissem as mazelas das duas Grandes Guerras<sup>6</sup>.

3. STEPAN, Alfred. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do Demos. *Dados*, v.42, n.2, Rio de Janeiro, 1999.

4. SANTOS, op. cit.

5. STEPAN, op. cit.

6. Site oficial da união europeia. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm)>.

Assim, com esse fim, a Alemanha, Bélgica, Itália, Países Baixos e França criam a comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), que une econômica e politicamente tais países. Em 1957, essa integração é incrementada com a elaboração do Tratado de Roma, que cria a Comunidade econômica Europeia (CEE)<sup>7</sup>.

Ao longo das décadas seguintes novos países são agregados a CEE . Em 1989, através do Ato Único Europeu é criado o Mercado Comum. Desse modo, aumenta-se gradualmente a integração europeia, sobretudo no que tange a economia e a livre circulação de pessoas e produtos<sup>8</sup>. Isso culmina na adoção do euro, que como alude Rui Henrique Ribeiro Rodrigues Alves foi implantado como moeda comum em 1999, tendo sua introdução física em 2002<sup>9</sup>.

No entanto, como aponta o mesmo autor, o processo de integração europeu nem sempre teve participação popular, os cidadãos nem sempre tiveram poder de escolha, apenas se defrontando com as consequências finais das decisões e interesses políticos e econômicos. Desse modo, a União Europeia construiu-se sobre o alicerce do primado da economia sobre a política e a cidadania<sup>10</sup>.

Em 2008 uma crise assola a economia, como alude o site supradito, tal crise se perpetua até os dias atuais e vem sido um desafio para a União Europeia superá-

---

7. Idem.

8. Idem.

9. ALVES, Rui Henrique Ribeiro Rodrigues. *O Futuro da União Europeia: Organização Econômica e Política no Contexto dos Desafios Pós-Euro*. Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Doutoramento em Economia, 2008.

10. Idem.

-la. Finalmente em 2009, após a rejeição do Tratado Constitucional, é ratificado o tratado de Lisboa<sup>11</sup>.

No atual momento histórico, coloca-se a questão se a integração europeia intensificar-se-á, culminando na criação de um estado federal europeu.

### **2.2.1. Tratado de Lisboa**

De acordo com Rainer Arnold ha uma constitucionalização funcional vigorando desde o início do processo de integração política, isso se deve a estrutura peculiar a organização supranacional. Contudo apenas nos últimos anos os países europeus concordaram em formalizar a ordem fundamental da União, entretanto o Tratado Constitucional não foi aprovado em 2004<sup>12</sup>.

Todavia no ano de 2009 foi aprovado o Tratado de Lisboa, que segundo António Vitorino, difere do Tratado Constitucional, sobretudo no enquadramento que lhe é dado. Posto que apesar de não ostentar a nomenclatura, o Tratado de Lisboa é materialmente constitucional e nele consta cerca de 80 % do conteúdo do Tratado Constitucional<sup>13</sup>, além disso o tratado ratificado em 2009 é mais amplo que o anterior.

Nesse sentido, complementa Francisco Balaguer Callejón, houve a passagem de uma Constituição em

---

11. Site oficial da união europeia. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm)>.

12. ARNOLD, Rainer. La Constitución Europea en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 1, n. 2, jul./dez. 2004.

13. VITORINO, Antonio. A “casa europeia” de Lisboa. *Relações Internacionais*, n.25, Lisboa, mar. 2010.

forma de tratado para uma Constituição com nome de tratado<sup>14</sup>.

Como explicita António Vitorino, segundo o Tratado de Lisboa não cabem aos cidadãos as decisões, não há um poder constituinte alicerçado na vontade democrática. Contrariamente, aos estados soberanos cumpre a função de definir esse móbil comum, estabelecendo os objetivos do âmbito da União e tentando uma via de devolução desses poderes em favor desses mesmos estados-membros<sup>15</sup>.

### 2.3. Globalização e crise

Nesse sub-capítulo há o escopo de estudar a globalização, a crise econômica mundial e os efeitos que esses fenômenos provocam na União Europeia, sinalizando as necessidades e consequências que emergem nesse cenário de mudanças constantes.

Como sinala Antonio Torresl del Moral, hodiernamente tem havido uma mundialização dos problemas, devido a isso surge a necessidade de encontrar-se soluções globais, ou ao menos, supranacionais. A crise econômica e financeira que vem assolado o mundo nos últimos anos é um reflexo dessa interdependência mundial. A globalização, outrossim, faz surgir um contexto de mudanças constantes, o que culmina em , como assevera Antonio Vitorino, “num mundo em convulsão e em acelerada reformulação dos equilíbrios de forças globais”<sup>16</sup>.

14. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitución europea tras el consejo europeo de Bruselas y el tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 8, jul./dez. 2007.

15. VITORINO, op. cit.

16. TORRESL, del Moral Antonio. Del estado absoluto AL supranacional e internacionalmente integrado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, jul./dez. 2012.

O processo de integração da União Europeia, como alude Rui Henrique Ribeiro Rodrigues Alves, tem sido marcado por esse contexto de rápidas mudanças e crise econômica, refletidos nos humores inconstantes da conjuntura econômica global. Isso traz a relevo o fato de que ainda não foi estabelecida entre os países membros da União Europeia uma solidariedade suficiente, para que tais estados-Membros coloquem os interesses da União acima dos seus interesses particulares. Os países não transcendem “a lógica dos interesses nacionais pela lógica do interesse europeu”, acrescenta esse autor<sup>17</sup>.

O cenário mundial, como dito alhures, tem mudado de forma bastante acelerada. Consoante esse entendimento, complementa Francisco Balager Callejón, dentro de quatro décadas o cenário econômico mundial mudara bastante, haverá a ascensão de economias que atualmente são consideradas emergentes. Desse modo, a Alemanha (primeira potência da Europa) deixara de ser a terceira potência mundial, tornando-se, em uma visão otimista, a oitava potência global. Sendo assim, a nenhum país europeu terá acesso as reuniões do G-7, estando fora dos circuitos de decisão mundial. Destarte, o único modo, acrescenta o supradito autor, de algum país europeu fazer frente à globalização e ter influencia e poder no cenário econômico global é através da integração<sup>18</sup>.

Essa integração faz-se ainda mais premente no atual contexto de crise. Nesse interim, como nota Pedro Lourtie, a crise na zona do euro não é apenas

---

17. ALVES, op. cit.

18. CALLEJÓN, op. cit.

econômica, é também política e estrutural, relacionando-se com o modo como o euro foi construído e implantado. Um fator que agravou a crise nessa zona, arremata o autor, é o fato de que cada país buscou uma solução individual, “em detrimento de uma abordagem mais abrangente e mais determinada por parte da zona do euro”<sup>19</sup>. Todavia, como foi dito alhures, uma crise global requer uma solução ampla, e minimamente, supranacional.

Como aponta Antonio Vitorino a integração europeia deve ser alicerçada no valor da solidariedade a fim de enfrentar a mundialização e suas consequências<sup>20</sup>. Nesse sentido, os processos de integração regionais, ratifica Rui Henrique Ribeiro Rodrigues Alves, são uma possível resposta a globalização acelerada e a seus efeitos negativos, tais como a atual crise econômica e financeira<sup>21</sup>. Nesse giro, a formação de uma federação europeia coloca-se como resposta a crise econômica e aos desafios oriundos da globalização crescente.

### **3. IDENTIDADE EUROPEIA**

#### **3.1. Formação da identidade nacional no contexto do surgimento dos estados nacionais modernos e suas vicissitudes**

Esse item tem como fito discutir e elucidar o conceito de identidade nacional, a partir da análise do surgimento dessa idéia, seu significado e suas trans-

---

19. LOURTIE, Pedro. Portugal no contexto da crise do euro. *Relações Internacionais*, n.32, Lisboa, dez. 2011.

20. VITORINO, op. cit.

21. ALVES, op. cit.

formações ao longo do tempo. Para isso estudar-se-á, outrossim, os conceitos relacionados a identidade nacional, tais como nação e povo.

A ideia hodierna de nação e de identidade nacional surge a partir do surgimento dos estados nacionais europeus modernos. Segundo Eurídice Figueiredo e Jovita Maria Gerheim Noronha os conceitos de nação e de nacionalismo começam a surgir na Europa no século XVIII, a fim de designar a identidade de cada povo. As identidades nacionais europeias, complementa as autoras, foi formada a partir de um estado, que possuía força militar, uma cultura e uma língua em comum<sup>22</sup>.

Contudo, como aduz Samuel Pinheiro Guimarães, os estados nacionais europeus não eram massas homogêneas, já que reuniam populações de distintas tradições, origens étnicas, graus de miscigenação e por vezes, até mesmo, diferentes religiões<sup>23</sup>.

Como assevera Rita Ribeiro “todos os povos têm, ou devem ter, um caráter; caso não o tenham, devemos começar por dotá-lo de um”. Pois segundo os modernistas-instrumentalistas, ratifica a autora, o conceito de nação surge na modernidade e é forjado e executado para acomodar de forma mais eficiente as transformações ocorridas na Europa. Assim, os conceitos de estado e de nacionalismo engendram as nações e inventam uma identidade nacional<sup>24</sup>.

---

22. FIGUEIREDO, Eurídice Figueiredo; NORONHA, Jovita Maria Gerheim. *Identidade nacional e identidade cultural*, 2010.

23. GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Estudos avançados*, 22 (62), 2008, p. 146.

24. RIBEIRO, Rita. *A nação na Europa: breve discussão sobre identidade nacional, nacionalismo e supranacionalismo*. 2004. p. 85-96. (Cadernos do Noroeste. Série sociologia).

Nesse sentido, Segundo Rita Ribeiro, existem dois tipos de nação: as nações culturais e as políticas. As nações culturais são caracterizadas por serem comunidades étnicas e naturais, nas quais há mais uniformidade e o sentimento de pertença cultural. Já as nações políticas são construções voluntárias embaçadas em uma reunião de cidadãos livres, comunidade territorial formada através de um contrato social<sup>25</sup>.

Na modernidade surge também a premissa de que cada povo é uma nação com uma cultura, história e um território<sup>26</sup>. Consoante a isso, sinala Fábio Konder Comparato, a ideia de povo esta relacionada a uma nação, a soberania popular (no conceito moderno) estaria destinada a universalidade dos cidadãos de determinada nação<sup>27</sup>.

Contudo, como se viu alhures, o processo de globalização provocou uma serie de mudanças. A ideia de nação e consequentemente a ideia de identidade nacional modificaram-se. Fabio Konder Comparato, afirma que o conceito de povo é plurivoco, variando de acordo com a época e a forma de governo, o mesmo ocorre com os conceitos de nação e de identidade nacional<sup>28</sup>.

Conforme esse entendimento, aduz Rita Ribeiro, a mundialização, devido aos fluxos financeiros, a comunicação instantânea em escala global e os fluxos culturais as forcas transnacionais atingem a sobera-

---

25. Idem.

26. Idem.

27. COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. *Estud. av.*, v.11, n.31, São Paulo, set./dez. 1997.

28. COMPARATO, op. cit.



nia dos estados nacionais. A ideia de nação deixa de ser algo sagrado e intangível a partir da divisão do mundo em dois blocos geopolíticos durante a Guerra Fria e o surgimento da ONU e da CEE<sup>29</sup>.

No contexto da “aldeia global”, como se viu alhures, o estado nação muitas vezes vê-se impotente, sem poder de competição comercial ou de decisão. Para complementar essa mudança no sentimento de nação e de identidade nacional, há grandes fluxos culturais, através de produtos, programas e ideias. Pode-se falar mesmo de um imperialismo cultural, que tende a tornar as culturas dos diferentes países mais uniformes. Isso mina, desse modo, a ideia (que sempre pareceu utópica) de uma identidade nacional homogênea e diferente das demais.

Esse processo, no contexto europeu, vai ser intensificado pela integração dos estados nacionais na União Europeia, na qual como indica Rita Ribeiro, há uma partilha de soberania entre seus membros<sup>30</sup>.

A construção europeia, por sua vez, como sinala Rita Ribeiro, não se dará do mesmo modo que orientou a formação do estado-nação moderno, se dará de um modo *sui generis*, não destruindo a ideia de nação<sup>31</sup>, de pertença e de identidade nacional.

### **3.2. Cidadania e participação como vias de construção da identidade europeia**

Esse subitem cumpre discutir sobre a identidade europeia e as condições para sua construção, tais

---

29. RIBEIRO, op. cit.

30. Idem.

31. Idem.

como uma participação cidadã ativa nas decisões no nível da união e a democratização da união europeia. Nessa discussão evidencia-se o problema do déficit democrático no âmbito da União Europeia, o que dificulta a construção de uma identidade cidadã.

Como se observou alhures a construção de uma identidade europeia não se dará do mesmo modo que ocorreu a construção das identidades nacionais modernas, já que essas foram frutos de um contexto histórico determinado. Hodiernamente, o desenho político e democrático da Europa fornecem outros meios para a construção dessa identidade. Essa identidade deve ser construída a partir da cidadania europeia e do exercício da democracia. Contudo a construção de tal identidade vem sendo minada pelo déficit democrático que marca a história da União Europeia, e que como foi visto outrora, ainda não foi superado.

Parece paradoxal que em uma Europa construída de forma alheia aos cidadãos e a participação popular possa formar-se uma identidade europeia. Ultimamente tem havido avanços no processo de democratização da União Europeia, tais como a ação do Tribunal de Justiça, que vem garantido a efetivação de direitos fundamentais e a eleição direta dos deputados, membros do parlamento europeu, pelos cidadãos.

Nesse sentido, aduz Antonio Vitorino<sup>32</sup>, o Tratado de Lisboa afirma, no plano axiológico, a participação dos cidadãos na esfera pública europeia, além de possibilitar uma iniciativa legislativa popular que pode solicitar a comissão a apresentação de propostas. Além disso há

---

32. VITORINO, op. cit.

a carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que assegura a proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Entretanto, como já foi dito, permanece um déficit democrático no sentido de não haver um pluralismo democrático e uma participação cidadã mais ativa nas decisões no plano da União.

Como sinala Francisco Balaguer Callejón a união europeia ao, em tese, limitar a soberania dos Estados não aumentou a qualidade democrática interna dos países membros, pois, na verdade, provocou o efeito contrário. A integração europeia, complementa esse autor, possibilitou que o governo dos Estados membros aumentassem o seu poder sem se submeterem ao crivo popular, já que agora exercem no plano interno a soberania que não podiam exercer anteriormente devido ao advento do Estado democrático de Direito<sup>33</sup>.

A União Europeia, por tratar-se de uma organização supranacional, submete-se aos princípios do Direito Internacional, que se alicerça na soberania dos Estados. Desse modo, os governos dos estados-membros deslocaram questões internas para a instância europeia, para assim, poder decidir sem terem que se submeter à aprovação cidadã de tais decisões. A união europeia, destarte, acarretou na expansão de uma soberania estatal sem limites, que não tem responsabilidade com os cidadãos e que pode exercer seu poder sem se subordinar ao Estado democrático de Direito e a um controle constitucional<sup>34</sup>.

Devido a isso, tem-se, como sinala Francisco Balaguer Callejón, uma contradição entre o Contitucio-

33. CALLÉJON, op. cit.

34. CALLÉJON, op. cit.

nalismo e a democracia dos estados membros e o processo, antidemocrático, de integração europeia. Essa estrutura da União Europeia, baseada no Direito Internacional é oposta a “consolidação de uma comunidade política europeia alicerçada em critérios democráticos de decisão”<sup>35</sup>, o que embarga o processo de construção de uma identidade europeia baseada na cidadania, já que tal cidadania europeia não existe. Pois em seu lugar há apenas o exercício oculto de um poder estatal sem limites democráticos. Nesse giro, tem-se que os Estados têm protagonizado o processo de integração, olvidando-se, da participação cidadã nesse processo.

A carência democrática marca a estrutura da organização da União Europeia. Nesse sentido, como aduz Francisco Balaguer Callejón, a cidadania europeia não tem um espaço constitucional de decisão<sup>36</sup>, a cidadania e a identidade esta muito mais vinculada ao âmbito nacional do que ao europeu. Uma identidade europeia não nega a identidade nacional, as duas podem existir de forma complementar. Contudo, o que se vê atualmente, é uma oposição à identidade europeia, em nome da defesa a identidade nacional.

Essa identidade europeia só será construída, no entanto, quando o déficit democrático for superado e houver a promoção da cidadania e da participação.

### **3.2.1. Déficit democrático**

Como foi supradito, o déficit democrático representa um entrave para a formação de uma identidade

---

35. Idem.

36. Idem.

européia cidadã. Tal déficit é estrutural, consoante a esse entendimento, afirma Gerardo Pisarello, o Tratado constitucional — assim como o tratado de Lisboa — estabelece a democracia como um dos valores da união. Não obstante, os órgãos que efetivamente têm o poder de decisão não tem legitimidade democrática, enquanto o Parlamento europeu (órgão mais representativo) ocupa uma posição subalterna. Não há, por conseguinte, um poder legislativo que represente a vontade popular<sup>37</sup>.

Alem disso, como sinala Paolo Ridola, o parlamento europeu não tem, atualmente, um papel equiparável ao dos parlamentos nacionais, ou seja o esquema governo versus oposição<sup>38</sup>. Desse modo, não há espaço para uma democracia pluralista, já que o parlamento não encontra oposição e não há a profusão de diversas opiniões políticas, que constroem a base da democracia.

Nesse sentido, ratifica Jose Chofre Sirvent, não existem partidos políticos no nível europeu. Contudo, segundo a previsão do Livro Branco do Governos tais partidos, quando criados, não iriam ocupar o lugar central, tal como nos estados democráticos. O lugar central, seguiria pertencendo, sem legitimidade democrática, a interesses particulares. Sendo assim,

---

37. PISARELLO, Gerardo. ¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin Constitucionalismo? Elementos para una lectura de La Construcción Europea em clave Post-Estatal. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 3, n. 5, jan./jun. 2006.

38. RIDOLA, Paolo. La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 2, n. 3, jan./jun. 2005.

complementa o supradito autor, não haverão partidos políticos capazes de representar e expressar as preferências e ideais dos cidadãos europeus. Não há, outrossim, um governo eleito marjoritariamente que detenha um programa político correspondente. Por conseguinte, a legitimidade no âmbito da União circunscreve-se ao aspecto funcional, pois se alicerça na capacidade de resolução de problemas através de consenso<sup>39</sup>.

Ademais, acrescenta Gerardo Pisarello, os comissários são eleitos pelos governos e as comissões carecem de controles democráticos. Há, assim, um primado dos estados sobre os cidadãos, isso acarreta em um déficit democrático duplo. Tal carência se reflete no âmbito interno, no que o governo desloca as competências do parlamento do estatal, com o fim de libertar-se de sua tutela. Já no âmbito externo o déficit traduz-se no fato dos governos deterem muitas faculdades decisórias, que deveriam ser detidas por um parlamento democraticamente eleito e com efetivo poder<sup>40</sup>.

Por conseguinte prevalece a tecnocracia na tomada das decisões no nível da união, em detrimento da participação cidadã. O desequilíbrio político posto em relevo, impede que tal sistema seja legítimo<sup>41</sup>. A estrutura da União é evidentemente vertical, o que impede a participação a identificação dos cidadãos com esse âmbito, portanto, nesse contexto uma identidade europeia faz-se inviável.

---

39. SIRVENT, José Chofre. El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 11, jan./jun. 2009.

40. PISARELLO, op. cit.

41. Idem.

Para que haja uma integração democrática e o déficit seja superado é necessária uma constitucionalização da União. Deve haver não apenas uma Constituição, mas também um constitucionalismo que promova a limitação dos poderes, um pluralismo democrático e uma possibilidade de se solucionar os conflitos sociais ao invés de oculta-los. Nesse giro, deve-se construir uma comunidade constitucional europeia a fim de promover uma integração europeia cidadã, democrática e consoante com os valores do “Estado democrático de Direito”.

#### **4. (A CONSTRUÇÃO DE UM) ESTADO FEDERAL EUROPEU A PARTIR DA IDENTIDADE EUROPEIA**

##### **4.1. Razões para a criação de uma federação europeia**

Esse subitem tem como escopo explicitar as razões que alicerçam a necessidade de construção de uma federação europeia. Já que isso proporcionaria uma preservação da pluralidade cultural, um maior controle democrático das decisões — devido a divisão de competências— além da possibilidade da Europa fazer frente a globalização e a seus desafios.

De acordo com Dian Schefold o Estado federal se encontra intimamente vinculado a justiça constitucional. Já que se faz necessária uma Constituição para resolver de forma pacífica os possíveis conflitos entre os estados vinculados<sup>42</sup>. Destarte esse modelo é viável a construção de uma Europa constitucionalizada e plural.

---

42. SCEFOLD, Dian. Los tribunales constitucionales em lós estados federales y regionales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18. jul./dez. 2012.

Nesse sentido, Conforme aduz Lothar Michael , o conceito de estado federal, por sua vez, pressupõe um equilíbrio, uma qualidade determinada entre os dois níveis do sistema multinível<sup>43</sup>.

O estado federal, além de preservar a autonomia dos países membros, mostra-se adequado a Europa em virtude do fato de preservar a diversidade cultural e possibilitar que o estado federal tenha mais chances em termos de concorrência econômica, conforme indica Lothar Michael<sup>44</sup>.

Como sinala Markus Kotzur, no contexto de uma comunidade constitucional europeia, que pressupõe um espaço público europeu e uma cidadania ativa, é preferível unidades de decisão descentralizadas e próximas ao cidadão, o que se compatibiliza com os fundamentos do federalismo ou regionalismo, promovendo a autonomia local. Nessa conjuntura, destaca-se a importância dos municípios, como sítios nos quais haja o exercício da cidadania e debates constantes, já que esse constitui o espaço primário<sup>45</sup> e a morada dos indivíduos.

Nesse sentido, complementa o supracitado autor, a descentralização aumenta as possibilidades de participação democrática, os âmbitos de decisão. Esse processo distanciaria a tomada de decisões da burocracia de Bruxelas, diminuindo sua complexidade<sup>46</sup>.

---

43. MICHAEL, Lothar. El estado federal experimental. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 3, n. 6, jul./dez. 2006.

44. Idem.

45. KOTZUR, Markus. Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 1, n.1, jan./jun. 2004.

46. Idem.



O que teria como consequência, libertar a Europa da tecnocracia exercida na atualidade.

Nesse sentido, ratifica Peter Haberle, a divisão vertical do federalismo impede o abuso de poder. Possibilitando, também, uma pluralidade e liberdade cultural. Devido a isso, o federalismo é atualmente o modelo de “Estado constitucional” com mais êxito<sup>47</sup>.

A federação europeia não deve ser de modo idêntico ao qual se contrariam as federações nacionais. Diferentemente, o processo de federalização europeu deve ter como origem suas raízes culturais<sup>48</sup>. O que se baseia em uma identidade europeia cidadã, isso será promovido apenas sobre os ares democráticos de um constitucionalismo.

A supradita dimensão cultural do federalismo, acrescenta Markus Kotzur, compreende um aspecto duplo: “por um lado pretende organizar a estrutura territorial do espaço cultural europeu, por outro lado, uma dimensão cultural mais profunda, é reconhecida como modelo de ordenação supraestatal para sociedades heterogêneas”<sup>49</sup>.

Assim, a força do federalismo garante simultaneamente a, vista alhures, pluralidade cultural e a unidade e uniformidade, possibilitando que haja ao mesmo tempo identidade e unidade<sup>50</sup>.

47. HABERLE, Peter. Comparacion Constitucional y Cultural de Los Modelos Federales. *Revista de derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 8, jul./dez. 2007.

48. KOTZUR, op. cit.

49. Idem.

50. Idem.

Ademais, o modelo federativo possibilitaria a Europa fazer frente à globalização, manter a competitividade econômica e participar das decisões a nível global. Em uma conjuntura de crise econômica e de globalização acelerada, faz-se premente uma resposta da Europa em termos de incrementar sua integração.

#### **4.2. Construção e necessidade de uma Identidade europeia cidadã**

A esse item cumpre discutir sobre a identidade europeia e suas possibilidades. Ressaltando, em que vias essa pode construir-se. Tal identidade faz-se necessária em um contexto de globalização e crise, no qual uma integração europeia baseada em um modelo federativo mostra-se um caminho oportuno para o desenvolvimento da Europa.

Nesse sentido, a Europa não deve buscar a construção de sua identidade apenas baseada na ideia de um passado comum, mas conforme aduz Gustavo Zagrebelsky, alicerçado sobretudo, em um devir, em um ideal daquilo que se quer ser<sup>51</sup>.

A identidade europeia não deve construir-se sobre o mesmo modelo que se deu a construção das identidades dos estados nacionais, como foi visto alhures. Tal identidade nacional será preservada no interior da estrutura federalista, desse modo, ter-se-á uma identidade dual e complementar (a europeia e a nacional).

---

51. ZAGREBELSKY, Gustavo. La Identidad Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 12, jul./dez. 2009.

Consoante a essa ideia, ratifica Francisco Balaguer Callejon, no contexto de sociedades complexas não se pode construir identidades do mesmo modo como se deu no período da emergência dos Estados nacionais. Pois, não se pode pensar mais no conceito se um povo com características uniformes, em seu lugar pode-se articular o conceito se cidadania como chave identitária europeia<sup>52</sup>.

O conceito de cidadania não pode ser desvinculado de uma conjuntura democrática e constitucional, acrescenta o supradito autor. Por conseguinte, o processo de constitucionalização da união Europeia constitui-se no único modo de avançar-se em termos de integração. O contexto constitucional e democrático, complementa ainda esse autor, existe no interior dos Estados membros. Contudo, como já foi sinalizado, há um déficit democrático no âmbito da União. Essa situação tem como corolário o desfavorecimento da construção de uma identidade cidadã e da progressão da integração europeia<sup>53</sup>.

A Europa não é marcada por uma uniformidade cultural e étnica, há evidentemente alguns pontos convergentes. Contudo, como alude Gerardo Pisarello, o poder constituinte europeu, não significa uniformidade étnica, cultural ou lingüística. Invoca, contrariamente, um caráter multicultural e plurinacional, a partir disso o processo constituinte deve extrair sua potência criativa<sup>54</sup>, centrado na democracia, cidadania, valores comuns e nos direitos fundamentais. Nesse sentido,

---

52. CALLÉJON, op. cit.

53. Idem.

54. PISARELLO, op. cit.

ratifica Habermas (apud) “uma constelação política europeia”, não se refere à homogeneidade cultural, concernindo ao “patriotismo constitucional”<sup>55</sup>.

Consoante às ideias de Luis Pereira Coutinho, afirma-se que em uma comunidade supranacional, deve haver o compartilhamento de uma identidade político-cultural, reunida em torno de uma “padeira (ideia moral, política e educacional de uma comunidade política que constitui o núcleo da correspondente identidade)”. sendo assim, a padaria integra os cidadãos de uma comunidade em torno de ideias identitárias, portanto não há comunidade sem Paidéia<sup>56</sup>. Complementa-se que a comunidade e a identidade devem aglutinar-se em torno de um constitucionalismo cidadão, que coloque em relevo valores comuns e preserve os direitos fundamentais, tal qual foi examinado alhures.

Outro obstáculo para a formação da identidade europeia, apontado por Francisco Balaguer Callejon, em o fato de que há uma visualização do espaço europeu sobre o prisma nacional. Já que a identidade nacional dos cidadãos é configurada em torno de valores democráticos e constitucionais, o que compõe e intensifica essa identidade<sup>57</sup>. Destaca-se, desse modo, a relevância desses valores para a construção de uma identidade, assim, sobre esse paradigma deve alicerçar-se a identidade europeia.

---

55. Habermas apud COUTINHO, Luis Pereira. El Desarrollo de La Supranacionalidad — Algunos apuntes. *ReDCE – Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18. jul./dez. 2012.

56. COUTINHO, op. cit.

57. CALLÉJON, op. cit.

### **4.3. Democratização e constitucionalização da União Europeia**

Esse item tem o fito de demonstrar a importância e a necessidade da constitucionalização e democratização da União Europeia como meios de construção de uma identidade cidadã, superação da crise econômica e financeira atual e avanço da integração. Contudo, atualmente, vê-se que o modelo europeu tem sido justamente o contrário de um arquétipo constitucional e democrático. A Europa, além de uma constituição formal no nível da União, necessita de constitucionalismo, já que isso permite uma solução dos conflitos sociais, o que será examinado nesse ponto.

De acordo com Janaina Rigo Santin, esta claro que “para as Instituições europeias que a formula de direito internacional já não serve para comunidades Supranacionais, tais como a União Europeia”, desse modo é necessário um avanço para um paradigma constitucional<sup>58</sup>. Em conformidade com essa ideia, confirma Gerardo Pisarello uma proposta de Constituição formal europeia, baseada em um constitucionalismo democrático e social faz-se imperativa para o processo de integração europeu<sup>59</sup>.

Essa estrutura de Direito Internacional da União Europeia reforça, o visto alhures, déficit democrático. José Antonio Portero Molina ratifica, a maior parte dos europeus desconhece o processo político europeu.

---

58. SANTIN, Janaína Rigo. Constitucionalismo y Ciudadanía Europea: Avances y Retrocesos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 9, n. 17, jan./jul. 2012.

59. PISARELLO, op. cit.

Há uma grande distância entre a instância de poder europeia e os cidadãos, o que impede que haja uma legitimidade política democrática no nível da União<sup>60</sup>. Nesse sentido, confirma ainda, Antônio José Avelãs Nunes, os cidadãos dos países membros veem o poder político da União como fora de seu alcance, administrado pela tecno-burocracia<sup>61</sup>.

A fim de superar tal déficit, como se viu, faz-se necessária uma constitucionalização da União Europeia. Conforme esse entendimento, assinala Francisco Balaguer Callejón, os avanços constitucionais necessários devem basear-se em um esquema coerente com a comunidade constitucional europeia. Pois apenas desse modo é possível resolver-se os conflitos subsequentes, sem estancá-los, já que isso pode levar a graves crises. Para que a crise constitucional seja superada é necessário “avançar-se no desenvolvimento de um espaço público europeu e a consolidação de um espaço constitucional de decisão ao nível europeu”<sup>62</sup>.

Devido à identidade europeia ainda ser algo frágil, é afetada por tal crise, acrescenta o autor, que incide também sobre a legitimidade da União. Desse modo, a crise constitucional europeia gera uma crise identitária<sup>63</sup>.

---

60. MOLINA, José Antonio Portero. Legitimidad democrática y Constitución Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 2, b. 3, jan./jul. 2005.

61. NUNES, Antonio Jose Avelãs. A constituição europeia: a constituição do neoliberalismo. *Boletim de Ciências económicas*, v. XLVIII, 2005, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, p. 311-417.

62. CALLÉJON, op. cit.

63. Idem.

O constitucionalismo Além de limitar o poder, democratizando as decisões e desconstituindo a tecnocracia vigente hodiernamente no âmbito da União, é fundamental na solução de conflitos, o que representa uma de suas funções. Como assevera Francisco Balaguer Callejón, a tensão interna da Constituição econômica era uma garantia do pluralismo e da democracia, permitindo articular o conflito social. Uma interpretação constitucional da crise e da economia faz-se necessária. Já que uma interpretação constitucional da crise permite por em relevo as limitações ao pluralismo político, que impedem que a Constituição canalize os conflitos políticos e sociais. Isso se da devido a uma interpretação econômica da Constituição, como a que ocorre atualmente no nível da União, que tem uma tendência de negar tais conflitos<sup>64</sup>.

Tal leitura econômica da constituição, que estabelece um primado da economia sobre a política, afirma que a única solução possível para a crise econômica e financeira que assola a União Europeia é através de uma determinada orientação econômica, reduzindo gastos e limitando direitos sociais. Contudo através de um pluralismo político, oriundo de um constitucionalismo, possibilitar-se-ia a articulação de diversas vias de diálogos e consensos sobre alternativas de solução possíveis. A idéia de que há uma única solução pra a crise baseia-se em um artefato antidemocrático que tem como fito afastar os conflitos políticos do pluralismo democrático<sup>65</sup>.

---

64. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Una Interpretación Constitucional de la Crisis Económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 19, jan./jul. 2013.

65. Idem.

Uma interpretação constitucional da economia, acrescenta o supramencionado autor, possibilita, no plano material revitalizar a normatividade da constituição, gerando eficácia social.

Ademais, a solução da crise também pode ser pensada através de políticas que não incluem o corte de gastos sociais, incidindo sobre a majoração dos lucros, ou como coloca Francisco Balaguer Callejón, o combate a fraude fiscal. Considerando o exposto entende-se que: uma interpretação constitucional da crise, afirma o dito autor, corrigiria o déficit democrático que é produzido pelo primado da economia, o que hoje prevalece na Europa<sup>66</sup>.

Tendo em vista o que foi colocado em relevo, a constitucionalização da União Europeia faz-se premente. Nesse sentido, sinala Carlos de Cabo Martin, a constitucionalização pressupõe inicialmente a recuperação da legitimação democrática tanto em seu funcionamento quanto no processo constituinte. As hierarquias e competências no âmbito da União devem ser reformuladas tendo como base uma vontade cidadã, representada por um poder político como “centro”, o centro de governança da Europa não mais pode ser o poder e os interesses econômicos<sup>67</sup>.

Como indica Francisco Balaguer Callejón, a contradição entre o processo de integração europeia (europeísmo) e o direito constitucional (constitucionalismo) urge acabar em breve. Posto que à medida que a

---

66. Idem.

67. MARTIN, Carlos de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Union Europea en el Contexto Globalizador. *Revista Constitucional de Derecho Europeo*, ano 6, n. 11, jan./jul. 2009.



integração avança o modelo de decisões baseado em uma estrutura supranacional mostra-se insuficiente. Faz-se premente que o controle do processo pelos estados membros se reduza, enquanto cresça a necessidade de criação de um espaço constitucional de decisão, que tenha como base uma comunidade política constituída em torno de uma cidadania europeia. Visto que só é possível uma maior integração europeia protagonizada pelos cidadãos e caracterizada por um espírito constitucional<sup>68</sup>.

A Europa precisa passar por um processo de constitucionalização e democratização, pois somente desse modo será possível criar-se uma identidade europeia cidadã, desenvolver o processo de integração europeia a um modelo federal, além de resolver a crise econômica de forma plural e promover os direitos fundamentais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O surgimento e o desenvolvimento da União Europeia foram processos marcados por um grande déficit democrático, que até então ainda não foi superado. Está-se diante de uma constituição (Tratado de Lisboa, no sentido material) que não é acompanhada de constitucionalismo. Já que não há controle e limitação do poder e tampouco há legitimidade democrática. Vê-se, nesse sentido, que a União Europeia, foi construída sobre o primado econômico, em detrimento das questões políticas

---

68. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 7, jan./jul. 2007.

e sociais. Esse cenário culmina, no contexto de globalização e rápidas mudanças que existe hodiernamente, na presente crise econômica, estrutural e política e na dificuldade de encontrar-se uma solução para tal crise;

2. A solução para a crise econômica na zona do euro deve perpassar pelo valor de solidariedade entre os países membros, que devem buscar uma solução supranacional. A integração europeia, nesse contexto, faz-se premente. Afim, até mesmo, que os países europeus (juntos) tenham capacidade de fazer frente à globalização, tendo competitividade e poder de decisão no cenário internacional nos anos vindouros;
3. É atribuída a ideia de identidade nacional uma falsa homogeneidade e naturalidade, tal como se o surgimento dos estados nacionais modernos fosse um corolário da uniformidade cultural e étnica, no entanto houve muita variância nesse sentido. Nota-se que grande parte dos estados-nação forma formados sobre o alicerce de um contrato social, a fim de assegurar interesses econômicos e políticos;
4. A globalização modifica a ideia de identidade nacional, devido ao grande fluxo cultural. Esse fluxo tende a uniformizar as identidades nos diversos países. Devido, também, a competição econômica e a organização política global, o estado-nação vê-se enfraquecido. Isso faz com que muitas vezes não possa fazer frente ao dinamismo e a competição impostas pelo processo de mundialização da economia;

5. A identidade europeia só poderá ser construída de forma cidadã, não cabe mais uma construção identitária similar à identidade nacional, pois essa foi fruto do contexto histórico da modernidade. Para que haja tal identidade cidadã é necessário que o déficit democrático seja superado e que os cidadãos possam participar ativamente das decisões no âmbito da União. Pois apenas em uma Europa com legitimidade democrática será possível a identificação do sujeito com o âmbito da União, afirmando-se, desse modo, uma identidade europeia;
6. O déficit democrático pregnante na União Europeia traduz-se na inexistência de partidos políticos no âmbito da União. Desse modo há a carência de uma representação que explicita as diversas opiniões e interesses dos cidadãos. Os partidos políticos deveriam ocupar um lugar central na União de modo a promover um pluralismo democrático;
7. O federalismo europeu faz-se necessário em virtude de no contexto de crise econômica e de globalização acelerada a Europa ter que incrementar sua integração. Esse modelo mostra-se adequado, pois além de preservar a pluralidade cultural, possibilita uma participação cidadã ativa, desconstituindo o modelo tecnocrata vigente. O federalismo europeu deve estar consoante a uma atmosfera constitucional e a um constitucionalismo que promova a democracia, superando o déficit democrático. Outrossim, tal modelo deve ser construído tendo como base uma identidade europeia cidadã e plural;

8. A identidade europeia deve construir-se ao redor de um constitucionalismo, que garanta a pluralidade democrática e o exercício da cidadania. Posto que apenas desse modo se possa alcançar o nível de integração necessário para fazer frente à globalização e a crise econômica, constituindo uma federação europeia;
9. A constitucionalização e conseqüente democratização da União Europeia fazem-se prementes a fim de reverter o governo tecnocrata e o primado da economia sobre a política no âmbito da União, fenômenos esses que intensificam o déficit econômico. Uma maior integração europeia e o desenvolvimento de um modelo federal somente são possíveis se consoantes com um processo de constitucionalização que empodere a cidadania europeia e crie um espaço público europeu de decisão. Outrossim, uma identidade europeia cidadã apenas pode ser constituída sobre a égide do Direito Constitucional, no qual os cidadãos são protagonistas das decisões políticas. A constitucionalização garante, ainda, o pluralismo político do qual a Europa carece.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Rui Henrique Ribeiro Rodrigues. *O Futuro da União Europeia: Organização Económica e Política no Contexto dos Desafios Pós-Euro*. Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Doutoramento em Economia, 2008. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/10799/2/Tese.pdf>>.

ARNOLD, Rainer. La Constitución Europea en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho Consti-*

*tucional Europeo*, ano 1, n. 2, jul./dez. 2004 Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE2/proceso%20de%20integracion%20arnold.htm>>.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 8, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/01FranciscoBalaguer.htm>>.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 7, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/ReDCEsumario7.htm>>.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Una Interpretación Constitucional de la Crisis Económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 19, jan./jul. 2013. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15\\_F\\_BALAGUER.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm)>.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. *Estud. av.*, v.11, n. 31, São Paulo, set./dez. 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000300013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000300013&script=sci_arttext)>.

COUTINHO, Luis P. Pereira. El desarrollo de la supranacionalidad — algunos apuntes. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, jul./dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/09\\_PEREIRA.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/09_PEREIRA.htm)>.

FIGUEIREDO, Eurídice Figueiredo; NORONHA, Jovita Maria Gerheim. *Identidade nacional e identidade cultural*, 2010. Disponível em: <<http://www.ffch.usp.br/dlcv/2010-FLC0536idnacionaleidcultural.pdf>>.

- GUIMARÃES, SAMUEL PINHEIRO. *Estudos avançados*, 22 (62), 2008, p 146. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n62/a10v2262.pdf>>.
- HABERLE, Peter. Comparación constitucional y cultural de los modelos federales. *Revista de derecho Constitucional Europeo*, ano 4, n. 8, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/07PeterHaberle.htm>>.
- KOTZUR, Markus. Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 1, n. 1, jan/jun. 2004. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/Federalismo,%20regionalismo%20y%20descentralizacion%20local.htm>>.
- LOURTIE, Pedro. Portugal no contexto da crise do euro 1. *Relações Internacionais*, n.32, Lisboa, dez. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php pid=S1645-91992011000400005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php pid=S1645-91992011000400005&script=sci_arttext)>.
- MARTIN, Carlos de Cabo. Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el Contexto Globalizador. *Revista Constitucional de Derecho Europeo*, ano 6, n. 11, jan./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/01CarlosDeCabo.htm>>.
- MICHAEL, Lothar. El estado federal experimental. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 3, n. 6, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/01lotharmichael.htm>>.
- MOLINA, José Antonio Portero. Legitimidad democrática y Constitución Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 2, n. 3, jan./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/01portero.htm>>.
- NUNES, Antonio Jose Avelãs. A constituição europeia: a constituição do neoliberalismo. *Boletim de Ciências eco-*

*nômicas*, v. XLVIII, 2005, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, p. 311-417.

PISARELLO, Gerardo. ¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin Constitucionalismo? Elementos para una lectura de La construcción europea em clave post-estatal. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 3, n. 5, jan./jun. 2006, Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/10gerardopisarello.htm>>.

RIBEIRO, Rita. A nação na Europa : breve discussão sobre identidade nacional, nacionalismo e supranacionalismo. *Cadernos do Noroeste. Série sociologia*. ISSN 0870-9874. 22:1-2 (2004) 85-96. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/5646>>.

RIDOLA, Paolo. La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 2, n. 3, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/02paoloridola.htm>>.

SANTIN, Janaína Rigo. Constitucionalismo y Ciudadanía Europea: Avances y Retrocesos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 9, n. 17, jan./jul. 2012. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/14\\_RIGO.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/14_RIGO.htm)>.

SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: origem e fundamentos. *RPGE*, v. 28, n. 60, Porto Alegre, jul./dez. 2004, p. 67-80. Disponível em: <[http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista\\_pge\\_60.pdf#page=67](http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_60.pdf#page=67)>.

SCEFOLD, Dian. Los Tribunales Constitucionales em los Estados federales y regionales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18. jul./dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/04\\_SCHEFOLD.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/04_SCHEFOLD.htm)>.

SIRVENT, José Chofre. El Parlamento Europeo y El déficit de Partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 11, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/12JoseChofreSirvent.htm>>.

SOUZA, Celina. Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização. *Dados*, v. 41, n. 3, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581998000300003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300003&lng=pt&nrm=iso)>.

STEPAN, Alfred. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do Demos. *Dados*, v.42, n.2, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=pt&nrm=iso)>.

TORRESL, del Moral Antonio. Del estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, jul./dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/01\\_TORRES\\_MORAL.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/01_TORRES_MORAL.htm)>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Identidad Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n. 12, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/01Zagrebelsky.htm>>.

VITORINO, Antonio. A “casa europeia” de Lisboa. *Relações Internacionais*, n. 25, Lisboa, mar. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S1645-91992010000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S1645-91992010000100003&script=sci_arttext)>.

SITE OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_pt.htm)>.