

# Revista

da **Fundação Escola Superior**  
do **Ministério Público**  
do **Distrito Federal e Territórios**

**EDIÇÃO ESPECIAL**  
**Concurso de Monografias**

Ano 11 - setembro 2003



**REVISTA DA  
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**EDIÇÃO ESPECIAL  
Concurso de Monografias**

**Responsabilidade Civil Médica**

*Adélia Silva da Costa*

**Direitos Humanos, Ética Ambiental e o Conflito entre Direitos Fundamentais**

*Fernanda Andrade Mattar Furtado*

**Responsabilidade do Estado por Omissão no Âmbito Administrativo**

*Flávia Oliveira Tavares*

**O Superior Tribunal de Justiça e sua Função Constitucional em Matéria Criminal**

*Gustavo Magalhães Lordello*

**Menoridade Penal e Impunidade: Divergência Ontológica**

*Marcelo Bruno Ferraz*

# FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SRTV/SUL, Quadra 701, Bloco I, 4º andar - Ed. Palácio da Imprensa

Brasília-DF, CEP: 70340-000

Telefax: (0XX61) 226-4643/226-4178

Home-Page: [www.fesmpdft.org.br](http://www.fesmpdft.org.br)

e-mails: [fesmpdft@terra.com.br](mailto:fesmpdft@terra.com.br) e [comedit@fesmpdft.org.br](mailto:comedit@fesmpdft.org.br)

© Copyright 2003 – Revista da FESMPDFT

Reserva de todos os direitos autorais de acordo com a lei.

Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do  
Distrito Federal e Territórios. Brasília : FESMPDFT, Ano I, nº 1,  
jul./set., 1993 –

Edição Especial.

Trimestral em 1993. A partir de 1994, semestral.

ISSN 1517-5286

1. Direito – Periódicos I. Fundação Escola Superior do Ministério  
Público do Distrito Federal e Territórios.

CDD 340

Revisão do Texto: Gisela Viana Avancini

Editoreção Eletrônica: VGArte (344-5027)

Capa: Grifo Design

Impressão e Acabamento: Dupligráfica Editora (344-1918)

Solicita-se permuta.

*Pídese canje.*

*On demande l'échange.*

*Si richiede lo scambio.*

*We ask for exchange.*

*Wir bitten um Austausch.*

## APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho que a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT apresenta cinco monografias de seus alunos, premiadas em concurso interno. São monografias apresentadas como requisito para conclusão do Curso “Ordem Jurídica e Ministério Público”, ministrado pela Fundação Escola.

A excelente qualidade dos trabalhos é motivo de imensa alegria e satisfação para todos nós, pois demonstra a irrefutável contribuição da Fundação Escola para a formação e o aprimoramento dos profissionais do Direito, muitos dos quais acabam integrando os próprios quadros do Ministério Público, e de outras carreiras jurídicas.

A realização do concurso de monografias cumpriu exatamente a sua função: estimular o aperfeiçoamento intelectual e o empenho acadêmico e profissional dos alunos do Curso “Ordem Jurídica e Ministério Público”, e oferecer aos nossos leitores mais uma contribuição relevante aos debates doutrinários. Trata-se de uma publicação que reúne as cinco monografias premiadas em concurso de monografias realizado entre os alunos da Escola.

Apresentamos trabalhos que versam sobre os mais variados temas jurídicos. Incluem tanto abordagens sobre “Direitos Humanos, Ética Ambiental e o Conflito entre Direitos Fundamentais”, de autoria de Fernanda Andrade Mattar Furtado, quanto “Menoridade Penal e Impunidade: Divergência Ontológica”, de autoria de Marcelo Bruno Ferraz, “Responsabilidade do Estado por omissão no âmbito administrativo”, de autoria de Flávia Oliveira Tavares, “Responsabilidade Civil Médica”, de autoria de Adélia Silva Costa e “O Superior Tribunal de Justiça e sua função constitucional em matéria criminal”, de autoria de Gustavo Magalhães Lordello, encerrando questões atuais e de amplo alcance acadêmico.

*Juliana Santilli*  
Diretora Editorial



## SUMÁRIO

Responsabilidade Civil Médica <i>Adélia Silva da Costa</i> .....	7
Direitos Humanos, Ética Ambiental e o Conflito entre Direitos Fundamentais <i>Fernanda Andrade Mattar Furtado</i> .....	50
Responsabilidade do Estado por Omissão no Âmbito Administrativo <i>Flávia Oliveira Tavares</i> .....	111
O Superior Tribunal de Justiça e sua Função Constitucional em Matéria Criminal <i>Gustavo Magalhães Lordello</i> .....	150
Menoridade Penal e Impunidade: Divergência Ontológica <i>Marcelo Bruno Ferraz</i> .....	243



# RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA\*

**Adélia Silva da Costa**

Aluna da Fundação Escola Superior do  
Ministério Público do Distrito Federal  
e Territórios

## INTRODUÇÃO

A atividade médica tem permitido, desde os primeiros momentos da história da civilização, a preservação da saúde e a cura de várias doenças. Todas as pessoas, inevitavelmente, foram ou serão atendidas por um profissional da Medicina. Esse dado por si só é suficiente para demonstrar a importância do médico em nossas vidas.

Obviamente, o bom médico jamais quer errar. Estudou para melhorar a qualidade de vida dos que o procuram, nunca para causar mais sofrimento. Contudo, as falhas acontecem, afinal *errare humanum est*, e não se pode exigir desses profissionais a infalibilidade. O estresse, a excessiva autoconfiança, a má-formação profissional ou mesmo um rápido momento de desatenção podem levar os médicos a causarem danos irreversíveis.

O direito à integridade, à dignidade, à saúde e à vida – bens de valor inestimável do ser humano – ressalta a importância do debate sobre a responsabilidade civil médica. Ficou distante o tempo em que o paciente aceitava passivamente o plano de tratamento, vendo o médico como um deus inabalável ou alguém dotado de poderes sobrenaturais. Nos dias de hoje, as pessoas estão mais conscientes de seus direitos, procurando, acima de tudo, um atendimento médico de qualidade.

---

\* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a orientação do Prof. Paulo José Leite Farias.



Cabe registrar, desde logo, que o instituto da responsabilidade civil médica deve ser utilizado com cautela, a fim de punir apenas aqueles que tenham agido comprovadamente com culpa. A razão de consignar esse dado é a certeza de que dificilmente será possível recuperar a imagem de um médico acusado levianamente de ter errado.

Esta monografia tem por objetivo analisar questões relevantes da responsabilidade civil médica, questionando o papel desse profissional na sociedade e os instrumentos jurídicos disponíveis no nosso ordenamento para a defesa de pacientes vítimas de erros. O enfoque será feito, sempre que possível, à luz da Jurisprudência, o que possibilitará o conhecimento da forma como os tribunais vêm tratando a matéria.

Na primeira parte do trabalho, introduzimos o tema da responsabilidade civil em seus aspectos gerais. Em seguida, abordamos especificamente a responsabilidade civil médica, tratando dos seus três pressupostos fundamentais: a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Adiante analisamos algumas questões da atividade médica em face do Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase àquelas que ensejam as maiores divergências. Por fim, são discutidos alguns pontos controvertidos relacionados à responsabilidade civil em anesthesiologia, cirurgia plástica e infecção hospitalar.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **1.1 NOÇÕES INICIAIS**

O homem é um ser social e, portanto, precisa – em nome da própria sobrevivência – de viver em sociedade. A tendência de criar laços sociais visando à melhor qualidade de vida é inerente à natureza humana desde tempos remotos. Essa necessidade persiste até hoje e é evidente que essa vida social implica a existência de direitos e obrigações.

A convivência humana muitas vezes revela-se conflituosa, o que resulta na inevitável ocorrência de danos. O Direito reprime o

comportamento de quem o contraria, devendo ser responsabilizado civilmente todo aquele que violar um dever jurídico preexistente, seja esse dever contratual, oriundo da lei ou dos preceitos gerais do Direito.

No momento em que é rompido o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente causador de um dano e a vítima, surge o dever de reparar a fim de restituir o prejudicado *in integrum* à situação anterior.

Assim, se duas pessoas realizam um contrato em que uma se obriga a prestar determinada prestação à outra mediante remuneração, daí nascem direitos e obrigações recíprocos. Se uma delas deixar de cumprir sua parte na avença, estará assumindo, automaticamente, a responsabilidade perante a outra pelo seu inadimplemento. Por outro lado, se uma pessoa viola um dever imposto por lei – como o de não lesar o patrimônio alheio – será civilmente responsabilizada por esse ato, devendo reparar o prejuízo causado.

A responsabilidade civil enseja uma reparação, consistente na indenização do prejuízo causado. Essa reparação não se confunde com a sanção criminal, que, decorrendo da imputabilidade criminal, resulta em pena previamente estabelecida na lei, ao passo que a reparação civil limita-se ao prejuízo a ser apurado. Esta monografia limitar-se-á ao estudo da questão no âmbito cível.

Destarte, pode-se afirmar, em breves palavras, que responsabilidade civil é o dever que toda pessoa possui de reparar um prejuízo que venha a causar a alguém – por meio de ação ou omissão –, o que proporcionará o retorno do ofendido ao *status quo ante*, e, em tese, à restauração da paz social, objetivo maior visado pelo Direito.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA enriquece nosso estudo com o conceito seguinte:

“A responsabilização civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma.” Ele ainda

acrescenta que “reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.”<sup>1</sup>

É importante ressaltar que o patrimônio do devedor responderá pelo débito. O legislador deixou isso claro ao estabelecer no art. 1.518 do Código Civil que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.” Com isso, está afastada a hipótese de prisão civil do devedor, autor de um ato ilícito, no caso de descumprimento voluntário e inescusável da obrigação de reparar o dano. As duas únicas exceções a esta regra estão previstas no art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal: “LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

## **1.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

No estudo da responsabilidade civil, destaca-se a distinção da responsabilidade civil contratual da extracontratual.

Alguns autores refutam a idéia de distinguir a responsabilidade contratual da extracontratual, porque para eles qualquer que seja o tipo de responsabilidade civil são sempre necessários os pressupostos que ensejam o dever de indenizar: ato ilícito, dano e nexo de causalidade. Além disso, tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, a culpa deve sempre existir, quer a responsabilidade derive de um contrato ou não. Na realidade, as diferenças entre as duas espécies relacionam-se basicamente à matéria de prova ou à extensão dos efeitos.

Na responsabilidade contratual, o dever de indenizar decorre do descumprimento de uma obrigação contratualmente prevista. O art. 1.056

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

do Código Civil estabelece: “Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”.

Aperfeiçoado o contrato, surgem obrigações que deverão ser cumpridas pelos contratantes. O não-cumprimento da obrigação por um deles dá ensejo à resolução do contrato, surgindo o dever do contratante inadimplente de reparar os prejuízos causados ao outro.

No tocante à responsabilidade extracontratual ou aquiliana, a obrigação de indenizar os danos causados decorre da prática de um ato ilícito. Está prevista no art. 159 do Código Civil, que estabelece: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Na responsabilidade aquiliana, verifica-se que a obrigação de reparar o dano não está ligada à existência prévia de um contrato e ao descumprimento culposos de uma obrigação dele decorrente. Origina-se de um comportamento reprovado socialmente, de acordo com o que dispõe o art. 159 do Código Civil.

Em matéria de prova, tratando-se de responsabilidade contratual, caberá ao credor apenas demonstrar o inadimplemento do devedor. Dessa forma, bastará provar o não-cumprimento da obrigação gerada pelo contrato. Ao devedor, resta provar a existência de alguma excludente de responsabilidade a fim de justificar o não-cumprimento da obrigação.

Na responsabilidade aquiliana, caberá à vítima provar todos os pressupostos da responsabilidade civil para que seja reconhecido o seu direito à indenização. Além do dano e do nexo de causalidade – que também devem ser provados pelo credor na responsabilidade contratual – também deverá demonstrar o comportamento culposos do agente.

### 1.3 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA

O estudo da responsabilidade civil gira em torno de duas teorias: a subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva tem na culpa seu traço caracterizador, pois sem ela não há o dever de reparação. No âmbito das questões civis, a expressão culpa tem um sentido muito amplo, abrangendo tanto a culpa *stricto sensu* como o dolo. Assim, os elementos da responsabilidade civil subjetiva são o dano, o nexo de causalidade e a culpa. O parâmetro da conduta esperada é o homem comum.

Os defensores dessa teoria afirmam que a culpa possui um dado moral, não se podendo aceitar a responsabilidade senão nela fundada. O homem sente-se responsável por dano causado por um ato culposo seu, o que não ocorre em relação a danos causados sem qualquer previsibilidade. Dessa forma, essa teoria não responsabiliza aquela pessoa que se portou de maneira irrepreensível, que não merece qualquer censura, mesmo que tenha causado um dano.

A teoria subjetiva é contestada por diversas razões, entre elas a imprecisão do conceito de culpa, o freqüente sacrifício do coletivo em função de um excessivo individualismo sem justificativa nos dias atuais e a socialização do Direito moderno.

É com base nessas críticas que tem ganhado força, ainda que de forma tímida, a teoria objetiva. De acordo com os objetivistas, o responsável pelo dano indenizará simplesmente por ter causado um prejuízo, não se cogitando da existência de culpa, bastando a causalidade entre o ato e o dano para que haja obrigação de reparar.

Os estudiosos que refutam essa teoria alegam que ela seria extremamente materializadora e vingativa, privilegiando apenas o aspecto patrimonial em prejuízo das pessoas. Tais argumentos, contudo, não devem prevalecer. Na verdade, não há qualquer inclinação à represália nem vindita por parte da teoria objetiva, ao contrário, busca-se a equidade e a

solidariedade, fundamentos basilares da nova conceituação da responsabilidade civil. Não significa um retorno ao primitivismo, mas reflete a sensibilidade de doutrinadores e legisladores diante dos fenômenos sociais.

A dificuldade muitas vezes encontrada para se provar o elemento culpa – ônus que em geral cabe à vítima – fez que pessoas, diante de evidentes prejuízos causados por condutas humanas, não fossem indenizadas devidamente. A injustiça de situações desse tipo fez que a responsabilidade civil evoluísse até chegar à responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco.

Em um primeiro momento, responder alguém por danos que causou sem culpa pode parecer uma grave injustiça. Também não seria menos injusto esquecer a vítima no desamparo, arcando sozinha com seus prejuízos. Reparar todo e qualquer dano seria o ideal da solidariedade humana. Indenizar o dano produzido sem culpa é uma garantia, devendo-se ter em mente que os danos são quase sempre maiores que a reparação.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

### **2.1 DADOS HISTÓRICOS**

#### **a) Primórdios**

Desde o início das civilizações, a humanidade tem sofrido com problemas de saúde e buscado os meios necessários para tratá-los. As primeiras atividades voltadas a essa finalidade não se direcionaram ao estudo das patologias, mas fundamentalmente à sua cura.

Na verdade, a cura sempre esteve envolvida em um alto grau de misticismo. Nas sociedades primitivas, ao sacerdote eram atribuídos “poderes” de cura oriundos de deuses por eles invocados.<sup>2</sup> É por isso que

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 15.

durante muito tempo os profissionais da área de saúde mantiveram uma postura de distanciamento dos seus pacientes.

Na Mesopotâmia, a Medicina estava intimamente ligada à religião ou à mágica. Com isso, o médico não era considerado um especialista, mas sim um mago dotado de poderes curativos sobrenaturais. Na precisa observação de MIGUEL KFOURI NETO, tal crença derivava da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano poderia reagir àqueles processos de cura.<sup>3</sup>

O surgimento da Medicina como ciência deu-se no Império da Babilônia, onde, pela primeira vez, os médicos tratavam seus pacientes com drogas e cirurgias simples. Por essa razão, eles eram recompensados pelo sucesso do tratamento e severamente punidos quando fracassavam.

Estudos revelam que o primeiro documento que tratou do problema do erro médico foi o Código de Hamurábi<sup>4</sup> (1790 – 1770 a.C), o qual abordava questões tais como uma compensação pelas operações difíceis e que envolvessem grande risco de vida. Impunha, também, graves sanções ao cirurgião que cometesse alguma falha. Assim dispunha o Código de Hamurábi:

“Lei nº 196: Se alguém ferir o olho de um igual, seu próprio olho será destruído.

Lei nº 198: Se alguém ferir um olho de um inferior, será multado em uma mina de prata.

Lei nº 200: Se alguém arrancar o dente de um igual, seu próprio dente será arrancado.

Lei nº 201: Se alguém arrancar o dente de um inferior, será multado em um terço de uma mina de prata.”

---

<sup>3</sup> NETO, Miguel Kfour. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2001, p. 38.

<sup>4</sup> A Lei Mosaica é mais antiga, e diz o que Código de Hamurábi parafraseia. Ela data de cerca de 1.513 a. C.

Como se observa, o dispositivo já dispunha acerca da responsabilidade civil do médico, conquanto inexistisse o conceito de culpa. Se o paciente viesse a morrer após uma cirurgia, o médico deveria ser punido, o que significa a aplicação da responsabilidade objetiva.

É bem provável que nessa época os médicos tivessem bastante receio de procederem a uma intervenção cirúrgica, não só pelos poucos recursos de que dispunham como também pela possibilidade de serem punidos gravemente. Alguns autores afirmam que possivelmente apenas operações simples eram realizadas, até pelo fato de a anatomia humana ser ainda muito pouco conhecida à época.

## **b) Grécia**

No mundo clássico, a Grécia notabilizou-se pelo estudo da saúde e é nessa fase que vamos encontrar o primeiro verdadeiro estudo no campo da Medicina. Trata-se do *Corpus Hippocraticum*, que traz noções de uma medicina não somente empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos. Os primeiros escritos de Hipócrates – considerado o pai da Medicina – datam do século V a.C.

Os preceitos constantes do Juramento de Hipócrates advertem os praticantes da medicina contra cobrar demais, vestir-se com elegância excessiva e usar perfume, ao mesmo tempo aconselhando um corte de cabelo decente e unhas aparadas, encorajando um modo agradável de tratar os pacientes.<sup>5</sup>

É a partir deste momento que vai se firmar lentamente a noção de que a culpa do médico não se presume pelo fato de não ter obtido sucesso no tratamento, devendo ser analisada com base na conduta do profissional. Chegou-se a admitir a culpa médica quando preenchidas duas condições: morte do paciente e desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária.

---

<sup>5</sup> GORDON, Richard. *A assustadora história da Medicina*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 9-10.



## **c) Roma**

A princípio, a responsabilidade civil não se distinguia da responsabilidade penal e consistia basicamente na reação imediata e instintiva do homem às agressões de outro homem. Na fase da vingança privada, o homem fazia justiça pelas próprias mãos. Não havia normas que pudessem limitar a ação humana, apenas a regra primitiva de que toda ação merece reação.

É com a promulgação da Lei Aquília, à época da República Romana, que começaram a ser traçados os fundamentos da responsabilidade civil. A Lei Aquília deu origem ao termo responsabilidade civil aquiliana, ou seja, responsabilidade fundada na lei ou responsabilidade civil extracontratual.

Uma das mais importantes inovações trazidas por esta lei foi a substituição de multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Ela previa também a pena de morte ou a deportação do médico acusado de falta profissional.

Inicialmente, a Medicina em Roma era praticada por curandeiros e sacerdotes. Com o passar do tempo a profissão alcançou maior nível de reconhecimento e dignidade, organizando-se cursos e codificação de um sistema de proteção da saúde pública.

## **2.2 NOÇÕES INICIAIS**

A responsabilidade civil médica é um ramo do gênero responsabilidade civil. Todas as pessoas – físicas ou jurídicas – estão abrangidas pela legislação da responsabilidade civil, sendo necessário identificarmos as peculiaridades que envolvem a atividade médica.

O profissional de saúde tem obrigação de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. Hoje, ao contrário do que acontecia em tempos remotos, a reparação acontece por meio de indenização patrimonial. Não se cogita invadir a integridade física do ofensor.

A responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, segue a teoria da culpa. Sendo assim, o profissional de saúde somente será obrigado a indenizar se restar provada a sua culpa no resultado danoso. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. A medida do valor da indenização deve ser a extensão dos danos sofridos pelo paciente.

Essa culpa deve ser aferida em seu sentido *lato*, ou seja, culpa *stricto sensu* e dolo. O dolo é a violação deliberada e consciente de um dever jurídico, ou seja, a pessoa direciona sua vontade à efetiva realização de um fim antijurídico. Serve como o exemplo o caso de um médico que, atendendo aos pedidos insistentes de paciente, ministra-lhe medicamento em dose exagerada a fim de causar-lhe a morte. Ora, assim agindo, o médico tem plena consciência do que está fazendo e de que sua atitude é abominada pela ética e pela ordem jurídica. Age, portanto, com dolo.

Diante disso, pode-se concluir que a responsabilidade civil médica tem três pressupostos: a conduta culposa de um agente, a existência de um dano e a relação de causalidade entre aquela conduta e o dano.

### **2.3 CULPA MÉDICA**

A análise da culpa médica requer bom senso e cautela do julgador. Os erros médicos são casos delicados e de difícil comprovação, pois envolvem questões relativas à ciência médica, o que exige do Magistrado, leigo no assunto, um conhecimento mínimo dessas questões aliado a elementos de sua experiência comum.

A perícia exerce papel importante no processo em que se discute um erro médico. Caberá ao juiz analisar a perícia, ponderar acerca das explicações e conclusões dos peritos, examinando detidamente a fundamentação dos laudos e, diante de todo o conjunto probatório, decidir se deve acatá-los ou não.

A prova pericial, não obstante revestida de caráter técnico ou científico, pode apresentar defeitos ou inexatidões como qualquer outra prova, razão por que, em nome do princípio da livre convicção, o juiz poderá desprezar suas conclusões, pois ele é o *peritum peritorum*.

Nesse sentido, são oportunas as palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo.”<sup>6</sup>

A fim de auxiliar o juiz na análise da culpa médica, TERESA ANCONA LOPEZ MAGALHÃES sugere alguns princípios gerais:

1. quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
2. o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
3. a questão do consentimento do paciente em cirurgia em que há o risco de mutilação e de vida é essencial. Aguiar Dias cita caso de paciente que se recusou terminantemente a permitir que fosse amputada sua perna esmagada em acidente, sobrevivendo-lhe a morte em consequência de gangrena gasosa. Os médicos que propuseram a operação não poderiam ter agido de outro modo, dada a comprovada lucidez do paciente ao rejeitar a intervenção cirúrgica;
4. o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixe seqüelas, como, e.g., na radioterapia. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;
5. dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;
6. não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior – a própria vida do enfermo – o exigir;

---

<sup>6</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 483.

7. outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada – e levada em consideração;
8. nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata – cirurgia plástica estética propriamente dita, por exemplo –, a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor.<sup>7</sup>

Esses princípios são gerais e podem ser observados, apesar de os casos de culpa médica serem singulares e apresentarem-se das mais diversas maneiras. Obviamente, não se exigirá do juiz na análise da culpa médica aprofundados debates científicos. Alguns erros médicos são facilmente detectados, tais como esquecer no corpo do doente instrumentos cirúrgicos ou gaze. Em outros casos, contudo, o lapso do profissional não será tão evidente e será necessária a formação de provas capazes de demonstrar a efetiva ocorrência de culpa.

Muitos autores têm discutido se existe um critério teórico para se afirmar que o médico agiu com culpa. A questão é complexa e não há respostas absolutas. O bom médico poderia ser definido como o profissional prudente, que diante de determinada situação não causaria danos ao seu paciente. Contudo, é difícil definir com exatidão o que seja um médico prudente, pois não há um conceito único e perfeitamente aplicável a todos os casos.

### **2.3.1 CULPA *STRICTO SENSU***

#### **a) Negligência**

A negligência é a falta de atenção ou cuidado, é a inobservância de deveres e obrigações. Caracteriza-se pela inércia, passividade e indolência do profissional. O médico age com negligência quando deixa de praticar atos ou não determina o atendimento hospitalar ou de enfermagem

---

<sup>7</sup> Apud NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2001, p. 72.

necessário, tendo em vista o que recomenda a ciência médica e o estado do paciente.

O médico que dá alta ao paciente prematuramente pode ser considerado negligente quando em consequência de seu ato o paciente vem a sofrer danos à sua saúde, agravação da doença ou vem a falecer. Demonstra ser negligente o médico que, mesmo consciente do estado grave do paciente, prescreve-lhe medicamentos por telefone, deixando de comparecer ao hospital para receitar.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vislumbrou hipótese de negligência no caso de um paciente acometido de hematoma extradural pós-operatório. O cirurgião somente visitou o paciente no segundo dia após o ato operatório, indicando a drenagem do hematoma, intervenção que já era tardia. O paciente ficou tetraplégico em razão da cirurgia e a negligência ficou caracterizada.<sup>8</sup>

Os casos de negligência são numerosos e manifestam-se das mais diversas maneiras, não sendo possível nem necessário esgotarmos todas as formas pelas quais se manifestam.

## **b) Imperícia**

A imperícia caracteriza-se pela falta de experiência ou conhecimentos práticos necessários ao exercício da profissão. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da Medicina.

É imperito o cirurgião que, equivocadamente, corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando seqüelas irreversíveis para o paciente. Incorre também em imperícia o obstetra que na operação cesariana corta a bexiga da parturiente. Deve-se advertir que diagnóstico errado nem sempre é sinal de imperícia, dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas, o que às vezes é bastante complexo.

---

<sup>8</sup> TJDFT, Embargos Infringentes na APC 105315, Rel. Des. Campos Amaral, DJU 27/5/1998.

Pode-se argumentar que o médico, profissional habilitado – profissional e legalmente – não poderia ser considerado imperito em circunstância alguma, pois tem o diploma que lhe confere habilitação legal, não sendo viável atribuir-lhe imperícia em situações isoladas.

Esse entendimento, contudo, não é acolhido pelos nossos Tribunais. A imperícia médica pode ser aferida dentre aqueles que concluíram a graduação, podendo ser definida como a falta de habilidade requerida para o exercício da atividade profissional, por falta de conhecimentos necessários, inexperiência ou inabilidade.

### **c) Imprudência**

A imprudência é o ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução. Nessa modalidade, há culpa comissiva, quando o profissional age de maneira não justificada, precipitada, sem usar a cautela que se espera do bom médico.

Age com imprudência o anestesista que atende a duas cirurgias ao mesmo tempo e também o médico que faz um parto sem possuir o aspirador de líquido amniótico (necessário para retirar o líquido que a criança geralmente aspira).

É importante distinguir a imprudência da imperícia. O cirurgião que opera com um bisturi não esterilizado, se não conhece o perigo de infecção será indiscutivelmente imperito. Se conhece esse risco e mesmo assim prossegue, sua ação será imprudente.

## **2.4 DANO MÉDICO**

O dano é o ponto de partida para toda a discussão da responsabilidade civil. É ele que gera o dever de indenizar, e pode-se afirmar que jamais haverá responsabilização civil sem a existência de um dano. A conduta dolosa ou culposa que não vem a causar um dano não enseja a reparação civil. Os danos médicos podem ser físicos, patrimoniais ou morais.

Os danos físicos são os que assumem maior importância, visto que uma pequena falha pode causar conseqüências irremediáveis para o paciente. Cite-se o caso do menor que com um simples traumatismo no dedo procurou estabelecimento hospitalar. Não obstante o atendimento médico recebido, o trauma transformou-se em infecção grave a ponto de ser necessária a amputação cirúrgica do dedo. Nesse caso, ficou comprovada a culpa do profissional que prestou o atendimento, e, apesar da indenização arbitrada, sabe-se que o dano causado ao menor é irreversível.<sup>9</sup>

Os danos patrimoniais, em geral, são conseqüências dos danos físicos: despesas médicas, medicamentos, exames, lucros cessantes e outros. Em caso de morte, há de ser considerada a situação dos beneficiários da renda auferida pelo falecido, surgindo a necessidade de indenizá-los.

Os danos morais envolvem a dor sofrida, o sentimento de tristeza, o constrangimento e os danos estéticos. O dano moral atinge bens ligados aos direitos fundamentais do homem, como sua honra e sua integridade moral. É plenamente aceita a possibilidade de se compensar o dano moral. A Constituição da República de 1988 admite expressamente a reparabilidade do dano moral no artigo 5º, incisos V e X:

“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:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)”

<sup>9</sup> TJRJ, Ap. Cív. 11.323/98, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, DORJ 10/6/1999.

O dano moral foi reconhecido no caso em que laudo de exame de sangue foi apresentado com conclusão no sentido positivo para o vírus da AIDS. Posteriormente, constatou-se que o resultado correto era o negativo. Houve enorme padecimento do paciente durante o lapso de tempo em que durou a dúvida, gerando direito à indenização.<sup>10</sup>

## 2.5 NEXO DE CAUSALIDADE

Para que haja o dever de indenizar, deve haver uma relação entre a ação ou a omissão culposa do agente e o dano à vítima. Não basta, portanto, que haja um dano e a figura de um suposto ofensor para que se possa falar em responsabilização civil. A mera alegação de atendimento precário no Pronto Socorro, na ausência de nexo causal entre as seqüelas e a conduta médica, não enseja direito à reparação.<sup>11</sup> A demonstração de que o ato lesivo é a causa do dano concreto é imprescindível, e é esse laço que une um elemento (conduta) ao outro (dano) que se chama nexo causal.

Segundo SERGIO CAVALIERI FILHO, o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre de leis naturais. Para ele, a relação causal nada mais é que o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.<sup>12</sup>

Daí surge uma questão que não é simples, qual seja, encontrar com o máximo de certeza a causa que enseja a responsabilização. Quando o dano tem origem em fatos simples, a questão é facilmente compreendida, não apresentando grande grau de dificuldade. Todavia, a questão mostra-se complexa quando ocorre a chamada causalidade múltipla, ou seja, quando vários fatores atuam em conjunto para a realização do dano. A grande dificuldade é delimitar qual das concausas é a motivadora do resultado.

---

<sup>10</sup> TJRJ, Ap. Cív. 1.755/93, Rel. Dwilson Marques, RDTJRJ 27/262.

<sup>11</sup> TJDF, Ap. Cív. 139210, Rel. George Lopes Leite, DJU 13/6/2001.

<sup>12</sup> FILHO, Sergio Cavaliere. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 49.



Várias teorias tentaram explicar a questão, muitas delas já ultrapassadas e que, portanto, não interessam ao nosso estudo. Por isso, a análise aqui restringir-se-á às duas teorias que merecem destaque, que são a da Equivalência dos Antecedentes e a da Causalidade Adequada.

### **a) Teoria da Equivalência dos Antecedentes**

De acordo com a Teoria da Equivalência dos Antecedentes, não há de se questionar qual das concausas foi mais ou menos eficaz para a realização do resultado, concorrendo todas de maneira equivalente para o resultado. Se várias condições concorrem para mesmo resultado, todas devem ter mesmo valor e relevância, ou seja, todas se equivalem. Por isso, essa teoria é também chamada de *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições.

Para os adeptos dessa teoria, deve-se proceder a uma operação hipotética: para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, porém, se persistir, não o será. Dessa forma, tem-se que condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes não foi aceita na esfera do Direito Civil, alegando-se que ela conduz a uma exasperação da causalidade. Adotando essa teoria, seria natural responsabilizar o vendedor do bisturi utilizado indevidamente pelo cirurgião plástico, o que evidentemente conduz ao absurdo.

### **b) Teoria da Causalidade Adequada**

Essa teoria, elaborada por von Kries, afirma que não há equivalência entre as condições que concorrem para o evento, sendo realmente causa aquela que for decisiva para a produção do resultado. Torna-se fundamental que o fato seja potencialmente uma causa adequada daquele resultado.

A questão concentra-se em saber qual, entre as várias condições, será a adequada. Deve-se considerar como causa adequada aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para gerar o evento.<sup>13</sup>

### **c) Teoria adotada no Direito Civil Brasileiro**

O nosso ordenamento jurídico acolheu, em sede de Direito Penal, a Teoria da Equivalência das Condições, com alguma mitigação. Todavia, no Direito Civil foi acolhida a Teoria da Causalidade Adequada. Essa é a conclusão da melhor doutrina.

Dessa maneira, no campo da responsabilidade civil não há de se discutir equivalência das condições, sendo que será a causa do resultado somente aquela que tiver interferência decisiva na produção do evento. Essa análise é realizada em abstrato, ou seja, deve-se examinar se a condição determinante para a produção do evento danoso é, em abstrato, adequada à produção deste.

## **3 A ATIVIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

### **3.1 NOÇÕES INICIAIS**

A Lei nº8.078/90 estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor, consolidando os princípios básicos traçados pelo legislador constituinte. Com isso, os interesses e os direitos do consumidor têm uma nova arma em sua defesa, constituindo um grande passo no resgate da cidadania.

O Código de Defesa do Consumidor tem como principal objetivo garantir o equilíbrio entre as partes que estiverem participando da relação de consumo, passando a existir entre o fornecedor e o consumidor um

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 51.

respeito maior. Sendo assim, ele atende às necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, além dos interesses econômicos, o que significa um salto de qualidade em suas vidas.

O art.14 do CDC trata da responsabilidade por danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e seus riscos. No parágrafo quarto do mesmo artigo o legislador manteve a culpa como requisito para a responsabilização dos profissionais liberais, seguindo a orientação adotada no Código Civil em vigor<sup>14</sup>: “ § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

### **3.2 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

Muito já se discutiu acerca da natureza jurídica da responsabilidade médica, se contratual ou extracontratual.

Para alguns autores, a relação estabelecida entre médico e paciente constitui um contrato *sui generis*, dada a peculiaridade dessa atividade. Sabe-se que o médico não pode garantir a cura, devendo utilizar todos os recursos disponíveis e empenhar-se ao máximo para obter o melhor para o paciente.

Para outra corrente, haveria nessas situações verdadeiros contratos, não se podendo falar, contudo, em presunção de culpa nos casos de fracasso do tratamento.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, essas discussões perderam importância, visto que a questão passou a ser analisada por dois ângulos diferentes. A responsabilidade decorrente da prestação direta e pessoal pelo médico como profissional liberal é subjetiva, nos termos do

---

<sup>14</sup> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento.

art. 14, § 4º do CDC. Já a responsabilidade que resulta da prestação de serviços médicos por hospitais, clínicas e laboratórios é objetiva, porque esses são prestadores de serviços.

### 3.3 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL

Não restam dúvidas de que os hospitais são prestadores de serviços. A relação jurídica estabelecida entre hospital e paciente é de consumo, na medida em que a instituição hospitalar presta um serviço a destinatário final, mediante remuneração. O Código de Defesa do Consumidor traz as definições de consumidor, fornecedor e serviço nos arts. 2º e 3º:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

(...)

§ 3º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”  
(grifou-se)

Portanto, no conceito de serviço enquadra-se perfeitamente a atividade dos estabelecimentos hospitalares, sendo os seus clientes, como destinatários finais desses serviços, consumidores por definição legal. Caracterizada a relação de consumo, a responsabilidade pelos danos passa a ser de natureza objetiva, com aplicação das regras processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se o CPC apenas subsidiariamente.

Essa responsabilidade tem por fato gerador o defeito do serviço, conforme expressamente previsto no art. 14 do CDC, que criou para o fornecedor um dever de segurança e idoneidade em relação aos serviços que presta aos consumidores:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)”

O hospital poderá ter sua responsabilidade excluída caso comprove que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente (art. 14, § 3º, I do CDC), de tal maneira que, para afastar a sua responsabilidade, bastará que o hospital demonstre que o dano não decorreu de defeito do serviço, mas das condições pessoais do paciente ou de fato da natureza.

Há quem sustente que o hospital só poderá ser responsabilizado por erros médicos quando houver vínculo empregatício entre esse e o profissional causador do dano. Dessa forma, o médico responderia sozinho pelas eventuais falhas cometidas quando não possuir qualquer vínculo jurídico com o hospital, o que ocorre quando apenas utiliza sua estrutura para internar paciente particular. Ousamos discordar desse entendimento.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em percuente análise sobre assunto por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 134358, DJU 01/03/2001, assim decidiu:

“(...) Quando o médico faz a cirurgia nas dependências de estabelecimento hospitalar, opera também no interesse econômico deste, que lucra com a atividade desenvolvida, ainda que sob a “roupa” de contrato de locação. Além disso, o médico não atua sozinho. Toda cirurgia envolve equipe médica e auxiliar, medicamentos, equipamentos, aparelhos, serviços que, fornecidos pelo hospital, fixam a responsabilidade

deste. (...) O hospital, ademais, conforme a definição do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, é um fornecedor de serviços, equipamentos e medicamentos ao consumidor, mediante remuneração. A conta que se paga inclui esse fornecimento que, nos precisos termos do art. 14, caput do Código de Defesa do Consumidor, impõe ao prestador o dever de responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, fornecimento de pessoal, material e equipamentos.”  
(grifou-se)

O Desembargador Mário Machado, Relator do feito, concluiu em um trecho do seu voto:

“Lastimável a tentativa do hospital de se caracterizar como simples locador de espaços e equipamentos. Sua atividade, frise-se, envolve, também, o fornecimento de pessoal, de medicamentos, de exames, de portaria, de segurança, de higiene e limpeza, de alimentação e outros itens necessários à realização da sua atividade fim, que é a assistência médica, de interesse público, como preconizado no art. 197 da Constituição Federal, e isso mediante remuneração.”

O mesmo entendimento foi adotado no julgamento da Apelação Cível nº 125530, publicado no DJU de 17/05/2000, p. 39, que teve como Relatora a Des. Vera Andrighi:

“Indenização por danos morais. Lesões corporais e emocionais decorrentes de procedimento cirúrgico com bisturi elétrico. Responsabilidade civil solidária, objetiva, subjetiva e divisível. 1. Responsabilidade solidária do hospital e médico, embora profissional autônomo. 2. Responsabilidade objetiva do hospital porque fornecedor de serviços, equipamentos e medicamentos. 3. Responsabilidade subjetiva do médico que não atentou para as condições técnicas do bisturi e negligenciou com os cuidados à vítima, o que agravou o dano. 4. Responsabilidade divisível na

relação jurídica interna (médico x hospital) de acordo com o grau de culpa. Recursos parcialmente providos.” (grifou-se)

Com isso, concluímos que a posição adotada nos dois julgados acima é a que melhor protege o consumidor, até porque não há de se tratar os hospitais como meras instituições destinadas a hospedar pacientes. A tentativa de ter os médicos que atuam de maneira autônoma como meros locatários é totalmente descabida. Aos hospitais cabe indubitavelmente a responsabilidade pelos serviços prestados dentro das suas dependências.

Por fim, registre-se que se o erro médico ocorre em hospital ou estabelecimento público, a responsabilidade será do Estado, com base no art. 37, § 6º da Constituição da República:

“Art. 37.

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

(...)”

Aplicando o dispositivo acima, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos autos da Apelação Cível nº 137993 (DJU 28/05/2001), que teve como Relator o Des. Wellington Medeiros:

“Direito civil e administrativo. Responsabilidade civil. Teoria do risco administrativo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Paciente internada em hospital. Morte por queda de cilindro de oxigênio na cabeça quando se encontrava deitada na maca, por traumatismo crânio-encefálico. Honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido à unanimidade.

Provdos o fato e a relação de causalidade com os serviços hospitalares prestados pelo Estado, impõe-se o acolhimento do pleito indenizatório movido pelos herdeiros da vítima, nos termos do art. 37, § 6º da CF, que consagra a Teoria do Risco Administrativo, segundo o qual a pessoa jurídica responde sempre pelos danos causados por seus agentes a terceiros.

(...)”

A mesma solução foi dada ao caso de um serralheiro acidentado no trabalho por fragmento metálico que atingiu seu globo ocular esquerdo. Os médicos da Rede Pública não solicitaram a imediata radiografia do olho atingido para verificar a existência do corpo estranho. Somente após dez meses da primeira consulta, entre tantas outras, o paciente foi submetido ao exame que revelou a presença do corpo estranho, sendo submetido à cirurgia. Infelizmente, já era tarde demais. O homem acabou perdendo seu olho por complicações surgidas com o passar do tempo. O Relator Des. Campos Amaral aduziu que “a fundação hospitalar, órgão governamental, responde objetivamente pela culpa de seus prepostos, os médicos que atenderam o apelante de forma negligente e omissa. A saúde é direito de todos e dever do Estado.”<sup>15</sup>

### **3.4 RESPONSABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE**

Pode-se colher na Jurisprudência diversos julgados que excluem a responsabilidade dos planos de saúde, tendo em vista que muitas vezes o associado escolhe o médico que irá atendê-lo. Serve como exemplo a ementa a seguir transcrita:

“Responsabilidade civil. Erro médico. Plano de saúde. O médico que, no atendimento ao cliente, realiza cirurgia para retirada de tumoração em outra mão, além daquela autorizada, ocasionando, com tal procedimento, a incapacidade parcial e permanente da

---

<sup>15</sup> TJDFT, Ap. Cív. 88932, Rel. Des. Campos Amaral, DJU 5/11/1996.



paciente, fica obrigado a reparar os danos a ela causados. Mantendo empresa de assistência médica extensa rede de profissionais autônomos, conveniados ou não, à escolha dos segurados e de seus dependentes, não pode ser responsabilizada por eventuais danos causados por aquele que for escolhido, dada a inexistência de qualquer vínculo de subordinação ou preposição entre eles.”<sup>16</sup>

Recentemente, contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que

“a responsabilidade pelo atendimento prestado ao paciente não é só dos profissionais e instituições credenciados, mas também da prestadora de serviço do plano de saúde. (...) O entendimento firmado pelas duas turmas que julgam questões de Direito Privado é que o credenciamento não deve ser feito apenas em razão da adequação financeira à capacidade de pagamento do plano de saúde, mas, principalmente, em face da segurança da prestação de serviços contratada, que lida com a vida humana.”<sup>17</sup>

O entendimento foi ratificado no julgamento do Recurso Especial nº 164084/SP, DJU 17/04/2000.

Os planos de saúde são fornecedores de serviços, e, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, são responsáveis pela sua qualidade. São eles que traçam as condições do atendimento e colocam à disposição dos consumidores um rol de profissionais ao qual podem recorrer em caso de doença. Com isso, não podem eximir-se da obrigação de reparar os danos causados aos pacientes pelos hospitais e pelos médicos credenciados.

---

<sup>16</sup> TJRJ, Ap. Cív. 2696/98, Rel. Des. Gabriel Curcio, DORJ 14/10/1999.

<sup>17</sup> Rec. Especial n.º 138059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler.

### 3.5 RISCO INERENTE E RISCO ADQUIRIDO

Neste ponto do nosso estudo, é importante diferenciar o risco inerente do risco adquirido.

O risco inerente é intrínseco, característico da qualidade ou modo de funcionamento de um objeto ou atividade, como por exemplo uma afiada faca de cozinha, que constitui um instrumento capaz de causar danos pela sua própria natureza. A periculosidade desses produtos ou serviços é previsível, ou seja, está de acordo com as expectativas do consumidor. Em síntese, a normalidade e a previsibilidade são características do risco inerente, e o fornecedor não responde civilmente por um bem ou serviço utilizado nessas condições, pois ele não é defeituoso. Cabe a ele, contudo, informar o consumidor do risco inevitável envolvido, pois caso contrário restará configurado o defeito de comercialização por informação deficiente.

O risco adquirido ocorre quando produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito. Se não houvesse o defeito, eles não seriam perigosos. Portanto, anormalidade e imprevisibilidade são as características do risco adquirido.

O fornecedor não responde pelos danos oriundos da periculosidade inerente, mas responde por aqueles decorrentes da periculosidade adquirida. Essa conclusão é aplicável aos serviços médico-hospitalares e resolve boa parte das controvérsias nessa área.

Os médicos, hospitais e planos de saúde não serão responsabilizados civilmente pelos riscos inerentes à atividade, pois nestes casos não haverá defeito do serviço. Todo ato médico, especialmente o cirúrgico, possui um perigo inerente normal e previsível que pode provocar uma lesão ao paciente. Todavia, deve-se ressaltar que é dever do médico informar o paciente sobre todas as possibilidades plausíveis de riscos para que este – o paciente – possa decidir o que melhor lhe aprouver. Desde que devidamente informado, o paciente não poderá responsabilizar o médico ou o hospital pelo tratamento malsucedido.

### 3.6 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A questão da prova é decisiva nas ações de indenização, principalmente quando se fala em prestação de serviço médico. Uma vez não produzido eficientemente o conjunto probatório, a pretensão da vítima será dificilmente atendida.

A atividade médica é eminentemente técnica e específica, logo a prova nessa área costuma ser feita por meio de perícia, que será realizada por um outro médico. Não é difícil imaginar que superar eventuais tendências corporativistas é algo quase impraticável para a vítima, que terá ainda mais dificuldades em colher a prova.

Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a possibilidade de inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, dando condições de as partes igualarem-se no processo:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

(...)”

Essa foi, sem dúvida, uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº 8.078/90. Como é de conhecimento geral, é princípio consagrado no Código de Processo Civil pertencer o ônus da prova ao autor. Tal regra garante que se o autor não conseguir provar suas alegações, a ação será julgada improcedente. Hoje, com a possibilidade de inverter-se o ônus da prova, se um paciente alega um erro médico, a responsabilidade da prova contrária poderá caber ao profissional.

Contudo, o CDC também reconheceu a responsabilidade subjetiva do profissional liberal no seu art. 14, § 4º, não se podendo prescindir da

antecipada demonstração de culpa deste. Apesar dessa exigência, essa prova não precisa de ser necessariamente produzida pela vítima do dano. Há situações em que a produção de prova revela-se impraticável pelo consumidor e plenamente viável para quem é demandado. A imposição de um rígido dever de provar não pode, em hipótese alguma, ser obstáculo capaz de dificultar a reparação dos prejuízos que a vítima sofreu.<sup>18</sup>

Visando à facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, o CDC estabelece que a inversão do ônus da prova é possível, a critério do juiz, quando se verificar que são verossímeis as alegações do consumidor e for ele hipossuficiente. A hipossuficiência não é apenas econômica, mas sobretudo técnica, no sentido de que se o paciente não tiver condições de produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, o juiz poderá inverter o ônus da prova a seu favor.

A inversão do ônus da prova é um importante instrumento destinado a corrigir distorções evidentes na área de responsabilização civil, sendo perfeitamente aplicável para apuração da responsabilidade civil dos médicos.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL EM ANESTESIOLOGIA**

Até cerca da primeira metade dos anos 50, a anestesia não se constituía especialidade autônoma. Atualmente, pode-se afirmar que ela não é uma atividade acessória da cirurgia, pois assumiu um lugar destacado e uma autonomia indiscutível dentro da atividade médica. Muitos atos médicos não poderiam ser realizados sem a participação de um especialista dessa área.

---

<sup>18</sup> Um exemplo da dificuldade de se provar acontece, com o consumidor que contratou um advogado para a elaboração de um recurso. Passado o prazo de entrega, o contratante ajuíza uma ação pedindo uma reparação, tendo em vista que o advogado (fornecedor) não entregou o serviço contratado. Nesse caso, a prova da entrega é difícil para o consumidor, pois só será possível a ele provar que contratou. Ao profissional, entretanto, é fácil fazer a prova que irá solucionar a questão, bastando apresentar o recibo que comprova a entrega do recurso dentro do prazo devido.

Antes de iniciarmos o estudo da responsabilidade civil nesse campo da Medicina, é importante esclarecer algumas questões fundamentais para a compreensão da matéria. Sabe-se que no campo das obrigações positivas são reconhecidas duas espécies de obrigações: as de meio e as de resultado.

Nas obrigações de meio, existe o compromisso de utilizar todos os recursos disponíveis para se alcançar determinado resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançá-lo. Nessa modalidade, o devedor não assegura a consecução do resultado esperado pelo credor, apenas obriga-se a empregar todos os meios necessários à finalidade esperada. Dessa maneira, se não for atingido o fim almejado e se não há culpa do devedor, não há de se falar em responsabilização civil.

Nas obrigações de resultado, o devedor assume o compromisso de alcançar determinado resultado que, se não cumprido – e ainda que não tenha havido culpa –, ensejará o dever de indenizar. Alguns aplicadores do Direito têm defendido que a atividade do médico anestesiológico encerra uma obrigação de resultado, posição da qual discordamos.

A Jurisprudência tem-se dividido entre classificar aquela prestação como obrigação de resultado ou de meio, o que revela a complexidade do assunto e a necessidade de uma discussão mais aprofundada.

A análise de uma obrigação de resultado conduz à conclusão de que nela o resultado é fundamental e que o elemento diligência não importa. Daí já se percebe o motivo pelo qual existe inadequação no uso de tal categoria para caracterizar uma prestação obrigacional que se dá em uma área em que tudo é paradoxal.

O exercício da Medicina implica condutas eminentemente circunstanciais e, às vezes, podem ocorrer situações inesperadas no decorrer de um ato. No campo da anestesiologia não é diferente.

A obrigação do anestesiológico só pode ser de meio, porque o objeto do contrato é a assistência ao seu paciente, comprometendo-se o médico a empregar todos os recursos disponíveis ao seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre o sucesso. Já decidiu o TJDFT:

“A anestesia implica vigilância médica até o paciente despertar completamente. Durante a realização da anestesia, incumbe ao anesthesiologista o dever fundamental, como integrante da equipe cirúrgica, de permanecer todo o tempo junto do doente até a total recuperação dos efeitos do medicamento ministrado. Desse modo, a responsabilidade do profissional não se restringe ao ato de aplicar a medicação, mas se estende por toda a cirurgia, com o fito de monitorar o paciente sob seus cuidados.”<sup>19</sup>

Só poderá ser considerado culpado, portanto, se agiu sem os devidos cuidados, agindo com imprudência, negligência ou imperícia. Em outras palavras, apenas quando existe a previsibilidade em relação ao resultado infausto é que se pode falar em responsabilização do anestesista, situação que exige o exame da diligência empregada pelo profissional.

KFOURI NETO conclui que para se averiguar se este resultado danoso não previsto pelo anestesista era ou não previsível objetivamente, bastará proceder-se, hipoteticamente, à substituição do profissional por outro colega, dando a este toda a informação que o primeiro possuía sobre o caso, assim como todos os dados e métodos geralmente conhecidos e aceitos pela ciência médica, aplicáveis à espécie, e os que o anestesista conhece por sua formação pessoal. Se, nesta hipotética situação, também não se pudesse prever esse prejuízo final para a saúde do paciente, o anestesista não terá infringido esse dever de cuidado objetivo; se, ao contrário, a resposta à indagação for afirmativa, também o será a relativa à infração do dever de cuidado.<sup>20</sup>

Sendo assim, em que pese os entendimentos contrários, entendemos que a responsabilidade do anestesista é de meio.

---

<sup>19</sup> TJDF, Ap. Cív. 84380, Rel. Des. Valter Xavier, DJU 29/5/1996.

<sup>20</sup> Op. Cit., p. 148.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA

Quando ocorrem complicações nesse campo, em geral o médico é visto com grande reprovação pela sociedade. É que para muitos a cirurgia estética é uma prática imoral, com base na vaidade fútil e em interesses escusos de quem a procura.

Primeiramente, deve-se compreender que saúde não é somente o bem-estar físico, mas sobretudo o bem-estar psíquico e social. É indúvidoso o caráter curativo de que se reveste a cirurgia estética. Na maioria dos casos, o resultado satisfatório do procedimento reflete-se no comportamento do paciente. Corrigida a imperfeição que incomodava, a pessoa torna-se mais feliz e satisfeita com a própria imagem.

Todos têm direito de cuidar da aparência, da mesma forma que da saúde. É claro que existem casos de pessoas que buscam a cirurgia estética sem real necessidade, cabendo ao especialista a obrigação de demonstrar ao paciente os riscos envolvidos e alertá-lo para as possíveis complicações que toda intervenção cirúrgica envolve.

Não há dúvida, portanto, de que a cirurgia plástica integra o universo dos tratamentos médicos e não pode ser vista como mero capricho de quem a ela se submete. Todavia, convém respeitar a regra de que a saúde e a integridade física devem estar sempre em primeiro lugar, e, caso estejam em perigo, o médico deve recusar-se a efetuar a cirurgia independentemente da vontade do paciente.

Questão altamente controvertida é saber se a obrigação assumida pelo médico que executa cirurgia estética é de meio ou de resultado. Há opiniões em um e outro sentido, tanto na doutrina como na Jurisprudência.

No julgamento do Recurso Especial nº 81.101/PR (DJU de 31/5/1999), os Eminentes Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça analisaram detidamente a questão. É válido transcrever alguns trechos do julgado, tendo em vista a clareza e a profundidade com que a matéria foi abordada.

Para o Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é indiscutivelmente de meio. Diz ele que as diversas especialidades cirúrgicas não apresentam entre si diferenças substanciais, porque todas são formas de tratamento. Com isso, a expectativa do paciente deve cingir-se ao melhor resultado possível, não a um resultado certo e determinado:

“(…) Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas conseqüências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico. (...) O principal argumento para transpor a cirurgia estética ao campo das obrigações de resultado está assentado no compromisso do cirurgião de obter com o ato cirúrgico um determinado resultado, que teria sido contratado, considerando que não há patologia a ser enfrentada. Todavia, esses dois pontos, o compromisso com determinado resultado e a ausência de patologia, não servem para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico que, como visto supra, tem a mesma natureza e depende da mesma álea, não importando a sub-especialidade. Qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade é a constatação da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado. E o erro médico, como ensina o Professor e acadêmico Júlio de Moraes, na medida em que o médico não é infalível, é aquele que um profissional de média capacidade, em idênticas situações, não cometeria.”

Os argumentos utilizados pelo E. Ministro são contundentes e levam-nos a uma reflexão mais profunda sobre o tema que, à primeira vista, pode parecer de extrema simplicidade. Para concluir seu entendimento, ele arremata:

“(…) Enfim, há uma variedade enorme de circunstâncias peculiares que não devem ser vinculadas a um padrão



imposto pela jurisprudência sobre a configuração jurídica da cirurgia estética como obrigação de resultado, que pode levar, ademais, a absurdos gravosos como o conceito de aceitação do resultado diante de determinado detalhe, assim, por exemplo, o exato tamanho da mama, ou sua angularidade específica, ou o do nariz, ou, ainda, o tamanho exato da cicatriz em uma cirurgia para eliminar a flacidez abdominal, ou, até mesmo, um contrato de garantia para a resistência das mamas ou do enrijecimento do abdome por certo tempo.

Por outro lado, não é possível estabelecer, talqualmente em direito não no é, um padrão de resultado uniforme em todos os pacientes, mesmo em se tratando de cirurgia em subespecialidade diversa da estética, dependendo o resultado, sempre de muitos fatores, até mesmo do comportamento do paciente. O que o cirurgião contrata com o seu paciente é a realização de um ato cirúrgico com a melhor técnica possível, prestando-lhe detalhadamente todas as informações sobre as conseqüências da cirurgia, as comuns e as raras, para que a decisão seja tomada com toda a consciência, cabendo ao médico, ainda, avaliar com o maior rigor possível as condições do paciente para submeter-se a uma cirurgia.”

Apesar das pertinentes considerações do Ministro CARLOS ALBERTO DIREITO, venceu a tese que considera a obrigação do cirurgião plástico como de resultado, posicionamento que prevalece naquela Corte e na Jurisprudência nacional. Em trecho do seu voto, o Ministro Waldemar Zveiter ressaltou que do ponto de vista científico a cirurgia estética encerra uma obrigação de meios, contudo, ele prefere considerá-la obrigação de resultado tendo em vista outros fatores envolvidos:

“Agora, estamos no nosso país e decidindo para o nosso povo dentro de um contexto especialíssimo, em que existem faculdades de Medicina de fim-de-semana, nas quais proliferam médicos que saem sem o preparo e sem a adequação necessária e de cujas clínicas de cirurgias plásticas, em qualquer dos jornais das grandes capitais que se abra, encontra-se propaganda médica, atraindo os pacientes para esse tipo de cirurgia estética

de embelezamento. (...) Embora reconhecendo que o voto de V. Exa., sob o ângulo científico, coloca-se correto, há que se fazer distinção nessas cirurgias. Temo que, se abrimos a jurisprudência para tentar permitir, estas proliferem num povo como o nosso, onde a massa ainda é ignorante, há deficiência de informação científica, certo que temos assistido a vários casos de mortes de pacientes. Acredito que nossa jurisprudência tem caminhado prudentemente, fazendo a distinção entre a cirurgia reparadora, na qual tem que se apurar a culpa do médico, e a cirurgia meramente estética e embelezadora, onde há de se presumir em favor daquele economicamente mais fraco que, seduzido pela intensa propaganda, pretende melhorar seu aspecto estético.”

Além dos argumentos esposados pelo Min. Waldemar Zveiter, há outros que frequentemente são utilizados pelos adeptos desse entendimento. Para eles, a cirurgia plástica sempre é realizada com a finalidade de ser atingido um resultado satisfatório. O médico intervém em um organismo sadio, gerando no paciente as melhores expectativas possíveis, o que agrava a responsabilidade do profissional dessa área.

CARVALHO SANTOS relata o caso de uma jovem modista, bonita e saudável, mas insatisfeita com suas pernas, que julgava muito grossas. Ela procurou primeiro um especialista em doenças de circulação e obesidade. Ao examinar, ele concluiu que ela gozava de saúde perfeita, indicando um famoso e bem conceituado cirurgião plástico, Dr. Dujarrier. Este informou à modista que o excesso de gordura das pernas poderia ser removido com uma cirurgia rápida e sem perigo – após a qual restaria apenas pequena cicatriz.

O ato cirúrgico não duraria mais de vinte minutos. Durou uma hora e meia e restringiu-se a apenas uma das pernas. Não se tratava de gordura, mas de massa muscular – e os bordos da incisão não fechavam: os pontos saltavam pela pressão dos músculos. Resultado: gangrena e amputação da perna.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> *Apud* NETO, Miguel Kfour. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002, p. 246.

Com todo respeito ao entendimento que prevalece hoje na Jurisprudência, a nosso ver, o acerto está com aqueles que atribuem ao cirurgião plástico – seja a intervenção restauradora ou reparadora – uma obrigação de meios.

Mesmo em especialidades consideradas obrigadas a um resultado positivo de maneira absoluta, como na anestesia e na cirurgia plástica, já é visto com restrições esse conceito radical de êxito, pois o mais correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso. Nos casos malsucedidos, o que se deve observar são as circunstâncias do atendimento e o grau de previsibilidade do médico em produzir o resultado.

Embora se argumente que os cirurgiões plásticos prometem corrigir defeitos, razão pela qual assumiriam a obrigação de alcançar determinado resultado, a verdade é que toda operação envolve riscos, dadas as imprevisíveis reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. A obrigação do cirurgião nesses casos só pode ser de meio, porque o objeto do seu contrato é a assistência ao paciente, comprometendo-se a empregar todos os recursos disponíveis, sem, no entanto, poder garantir sempre o sucesso.

Outro ponto fundamental de toda essa questão reside, a nosso ver, na absoluta necessidade de conscientizar o paciente sobre os riscos envolvidos na cirurgia. O médico deve informar com honestidade o que será possível alcançar com a intervenção e verificar quais são as reais expectativas do paciente. Com isso, diminui-se a distância entre o prometido e o obtido, que, em geral, é a causa das demandas judiciais. Assim, podemos concluir que a cirurgia plástica merece o mesmo tratamento das demais especialidades cirúrgicas, porém o dever de informar tem relevância especial.

## **6 RESPONSABILIDADE CIVIL EM INFECÇÃO HOSPITALAR**

As infecções hospitalares são doenças infecciosas adquiridas durante a hospitalização, que podem manifestar-se somente após a alta do paciente. Muitas pessoas submetem-se a cirurgias simples ou tratamentos que exigem internamento e, ao final, são curadas dos males de que sofriam, mas são surpreendidas por processos infecciosos.

As medidas adotadas no tratamento de doentes hospitalizados frequentemente envolvem o uso de cateter venoso e urinário, nebulizadores, drogas antimicrobianas e aparelhos de ventilação mecânica. Todos esses recursos, ao mesmo tempo em que atuam para a melhora do estado de saúde do paciente, acabam por comprometer a resistência natural do organismo e estabelecer uma ligação entre o meio ambiente infectado e as áreas estéreis do corpo. À medida que o tempo de internação vai-se prolongando, aumenta a exposição a situações de risco.

Vários fatores contribuem para agravar o problema. Destacam-se a grande afluência de pacientes aos hospitais e o aumento do número de leitos, o que resulta em maior contato inter-humano. A inobservância de medidas ideais de assepsia pelos estabelecimentos de saúde também favorece o aumento dos casos de infecção hospitalar.

Há diversas medidas que ajudam a reduzir a taxa de infecção, tais como utilização de material descartável, autoclaves e estufas, boa esterilização, incineração do lixo e treinamento constante do pessoal de enfermagem. Contudo, observa-se que nem sempre essas medidas são adotadas com rigor.

Por outro lado, é importante considerar que o risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico, não existindo – nem mesmo nos melhores hospitais do mundo – índice zero de infecção. Alguns germes resistem à infecção e, quanto maior for a cirurgia, maior é o risco. Com isso, é possível concluir que a ocorrência de infecção após a cirurgia não é fato extraordinário, e por si só não indica falha médica ou hospitalar.

No tocante às demandas judiciais de reparação por infecção hospitalar, percebe-se que os juízes têm analisado o grau de empenho dos hospitais em combater o problema. Quando o estabelecimento adota medidas sérias e adequadas à contenção da infecção hospitalar, os pedidos, em geral, são julgados improcedentes. É que nesses casos não se pode imputar ao estabelecimento conduta culposa, porque o risco de infecção, como dito anteriormente, é inerente ao ato cirúrgico.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a responsabilidade civil de um hospital em face da infecção hospitalar adquirida por paciente submetido à intervenção cirúrgica:

“(…) Conforme ressei dos elementos constantes dos autos, o réu foi submetido a uma intervenção cirúrgica, seguida de outra, em razão de complicações decorrentes da primeira, contraindo, dessa forma, a conhecida infecção hospitalar, que, ao que tudo indica, longe está de ser banida dos centros hospitalares, não obstante seja de quase zero em muitos deles, o que, sem dúvida, não é o caso da autora. O documento de fls. confirma a ocorrência de infecção hospitalar durante a permanência do réu no hospital mantido pela autora. Em tal documento consta expressamente que o réu não era portador de infecção ao se internar, adquirindo-a, por conseguinte, no próprio hospital da autora.

Tais fatos se mostram suficientes à procedência da reconvenção. Não obstante, mais alguns devem ser levados em consideração. A apelante diz que o risco de infecção existe para os pacientes, mas que a cura depende da situação física de cada um e que no caso em tela deveu-se ao hábito de fumar do apelado. Ora, tal alegação em nada altera a situação dos autos, à medida que não está em jogo a possibilidade de cura ou não dos pacientes, mas, em verdade, a possibilidade de o hospital diligenciar, como não poderia deixar de ser, no sentido de desinfetar adequadamente os ambientes necessários às intervenções cirúrgicas e permanência, ali, de doentes.

Nem se diga, ainda, como faz a recorrente, que inexistem culpa e dano. A culpa reside na falta de cuidados apropriados ao combate à infecção hospitalar, tanto que a própria recorrente reconhece a existência de outros hospitais, de qualidade irrefutável. (...)”<sup>22</sup> (grifou-se)

---

<sup>22</sup> TJSP, Ap. Cív. 234.259-2, Rel. Des. Nelson Schiesari, RJTJSP, Lex 162/68.

Em hipótese diversa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a obrigação de indenizar:

“Civil. Ação de reparação por danos físico e estético decorrentes de cirurgia. Erro médico e negligência hospitalar a provocar infecção hospitalar. Não adequada assepsia na sala de cirurgia. Prova.

Não comprovado, pelo autor, erro médico no realizar o ato cirúrgico; ou a negligência hospitalar em não dando adequado tratamento asséptico à sala de cirurgia; ao contrário, sendo a prova dos autos no sentido de que a infecção decorreu do não-seguimento, pelo paciente, das recomendações médicas que deveria observar no cuidado pós-alta hospitalar, inclusive falta de adequada higiene, a única solução juridicamente correta era a da improcedência da ação. Ação julgada nesse sentido. Desconformidade manifestada pelo autor. Desprovimento de seu apelo, com a confirmação da sentença de primeiro grau.”<sup>23</sup> (grifou-se)

Extrai-se, também, do corpo do *decisum*:

“Nada nos autos a comprovar que tenha, o autor, contraído infecção hospitalar quando de seu internamento para a cirurgia a que se submeteu; ou que a primeira cirurgia tenha sido incorretamente realizada pelo médico Sílvio Luiz Cecin, co-demandado. Muito menos que o 'grande número de cirurgias realizadas de forma seqüencial' para posterior correção, o tenham sido sem os cuidados assépticos que se faziam exigir na sala de cirurgias. (...) Correta a colocação, inclusive no que respeita ao não-seguimento, pelo autor, das recomendações médicas e dos cuidados que deveria observar após a alta hospitalar. Recomendações médicas que, decididamente, pela prova dos autos, não foram pelo autor observadas.

Não comprovado erro médico na primeira cirurgia e nas que se seguiram à infecção apresentada;

---

<sup>23</sup> TJRS, Ap. Cív. 599101458, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 17/5/00.

ou negligência hospitalar na falta de adequada assepsia na sala de cirurgia, não poderia pretender, o autor, sucesso na sua empreitada judicial buscando reparação de prejuízos que afirma ter sofrido. (...)” (grifou-se)

Diante de todo o exposto, conclui-se que a infecção hospitalar só gera o dever de indenizar quando houver comprovada culpa por parte do estabelecimento, não velando pela incolumidade de seus pacientes de maneira satisfatória. Não difere, portanto, da regra geral aplicada aos casos de erro médico, em que se exige ao menos culpa para haver responsabilização civil.

## CONCLUSÃO

No estudo da responsabilidade civil médica, há dois pontos que são fundamentais. Em primeiro lugar, é importante considerar que nem todo mau resultado é sinônimo de erro médico. Muitas vezes o profissional age com todo o cuidado esperado, mas as próprias condições do organismo do paciente favorecem o insucesso. O segundo dado relevante é a dificuldade que as vítimas encontram para formar provas em demandas indenizatórias dessa natureza, advindo daí a importância do prudente arbítrio do julgador no momento de sentenciar.

Nos dias de hoje, não há razão para o distanciamento entre médico e paciente. A relação deve basear-se na confiança e no respeito e o paciente deve estar disposto a seguir rigorosamente as orientações médicas. O profissional deve agir com honestidade, fornecendo a maior quantidade de informações sobre o tratamento eleito. Com isso, evita-se posteriores alegações de insatisfação e desconhecimento dos procedimentos adotados. O dever de informar adquire relevância especial em áreas como a cirurgia plástica.

O médico é um profissional liberal e sua responsabilização civil, consoante o que dispõe o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, é feita mediante a verificação de culpa. Na prática de seu ofício, o médico

não está obrigado a alcançar determinado resultado, pois entre ele e o paciente existe uma obrigação de meio. Seu compromisso é utilizar todos os recursos disponíveis para obter a cura, esgotando as providências ordinariamente cabíveis.

Algumas especialidades, como a anestesiologia e a cirurgia plástica, são tradicionalmente consideradas obrigadas a um resultado de maneira absoluta. Esse entendimento, contudo, começa a ser revisto pelos Tribunais e pela doutrina, tendo em vista a peculiaridade da atividade médica e os inúmeros fatores envolvidos quando se trata do organismo humano.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o paciente é consumidor para quem é prestado um serviço, o médico é o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços e o ato médico é atividade remunerada. Logo, pode-se concluir que são perfeitamente aplicáveis as disposições do CDC à relação médico/paciente, tendo sempre em vista que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, dependendo da efetiva comprovação de culpa.

Quando se tratar de assistência médica prestada por hospital, a apuração da responsabilidade dispensa a comprovação de culpa. Conforme o CDC, o hospital é um fornecedor de serviços e responde objetivamente pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos (art. 14). De acordo com a Jurisprudência dominante, tais estabelecimentos são civilmente responsáveis pelos danos ocorridos em suas dependências, ainda que o médico não faça parte do seu quadro de funcionários.

Os planos de saúde também podem ser responsabilizados. Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 3ª Turma, firmou-se no sentido de que a responsabilidade pelo atendimento prestado não é só dos profissionais e instituições credenciados, mas também da prestadora do plano de saúde. Essas empresas são prestadoras de serviços, portanto, respondem objetivamente pelos danos sofridos pelos consumidores.



A maior inovação do Código de Defesa do Consumidor está no art. 6º, inciso VIII, ao estatuir que é direito básico do consumidor

“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

Hoje, se um paciente alegar falha médica, o ônus da prova pode ser do profissional, caso o julgador considere difícil a constituição da prova pelo autor. Essa possibilidade, diante da verossimilhança dos fatos ou da hipossuficiência do consumidor, facilita a defesa dos seus direitos, cabendo ao médico provar que as alegações não são verdadeiras. Com isso, equilibra-se as partes na demanda judicial e evita-se que muitas vítimas permaneçam no prejuízo absoluto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33.
2. BITTAR, Carlos Alberto *et. al.* *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
3. BUSSADA, Wilson. *Erro médico interpretado pelos Tribunais*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
4. CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Responsabilidade civil médica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.
5. CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. *Erro médico e o Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
6. FILHO, Antônio Ferreira Couto; SOUSA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
7. FILHO, Domingos Afonso Kriger. *A responsabilidade civil e penal no CDC*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

8. FILHO, Sergio Cavaliere. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
9. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
10. GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil. Dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
11. GORDON, Richard. *A assustadora história da Medicina*. 5.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
12. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da Jurisprudência comentada*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2000.
13. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
14. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
15. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.
16. LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
17. NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade civil do médico*. 4.ed. São Paulo: RT, 2001.
18. ————. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.
19. OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
20. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
21. PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no CDC*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

# DIREITOS HUMANOS, ÉTICA AMBIENTAL E O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS\*

**Fernanda Andrade Mattar Furtado**  
Aluna da Fundação Escola Superior do  
Ministério Público do Distrito Federal  
e Territórios

## 1 INTRODUÇÃO

A visão do meio ambiente como um bem passível de tutela jurídica é recente. A preocupação com o meio ambiente surgiu como produto da percepção das graves conseqüências da degradação predadora dos recursos naturais e da evolução na conquista dos direitos humanos. Novas necessidades e novos sujeitos de direito fizeram que a dinâmica jurídica se desenvolvesse de forma a proteger o meio ambiente, que passou a ser objeto de garantias internacionais e nacionais.

A primeira questão que se levanta sobre o tema é, portanto, no âmbito dos direitos humanos acerca de sua natureza jurídica e quais as conseqüências que diferentes caracterizações trazem na dinâmica de harmonização de tais direitos. A esse respeito duas idéias são abordadas. A primeira defendida por Norberto Bobbio diz respeito ao caráter heterogêneo e histórico dos direitos humanos; e a segunda defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade fala sobre a indivisibilidade desses direitos.

Ao se defender o historicismo dos direitos humanos, nos moldes em que faz Bobbio, valoriza-se a percepção dos direitos como algo dinâmico que é construído junto das mudanças sociais. Na verdade, defende-se uma visão sociológica do direito que, por nascer na e se dirigir à sociedade, não pode ter seus princípios e tutelas dela desvinculados. Com essa perspectiva é possível identificar o relativismo dos direitos humanos desde sua origem,

---

\* Monografia final do curso Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT, Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco.

defendendo que não existe origem comum, ou mesmo que não se tratam de direitos propriamente ditos, mas apenas exigências de direitos futuros. Afirmado-se a heterogeneidade dos direitos humanos, estar-se-á admitindo várias formas de supressão ou limitação de um “velho” direito por um “novo”. Estar-se-á admitindo a incompatibilidade entre os direitos humanos, em vez de sua complementaridade.

Contrapõe-se à essa idéia de heterogeneidade a teoria defendida por Cançado Trindade de que os direitos humanos são indivisíveis, decorrentes de um único fundamento. Pela teoria da indivisibilidade, o meio ambiente é uma extensão do direito à vida, à saúde, entre outros. Então, só há de se falar em direito ambiental se for possível garantir o direito à vida digna, tendo em vista que aquele é complementar a este. Nesse sentido, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento é também um direito humano.

A difícil tarefa de se posicionar por uma ou outra teoria, ou mesmo a construção de uma nova, não é exatamente o que se pretende com esse trabalho. Na verdade, busca-se apenas demonstrar a importância desse debate, ou seja, as conseqüências que podem advir da adoção dessas teorias.

Ao tratar da natureza jurídica dos direitos humanos, entre eles o meio ambiente, duas questões principais surgem. Primeiro, se é realmente sustentável a tese de que se trata de um direito propriamente humano, ou se o que surge não é mais um objeto a ser tutelado, mas realmente um novo “sujeito” de direito: a natureza. Isso é o que pretende aqueles que defendem a ética ambiental do ecocentrismo. Para eles a natureza tem um valor intrínseco e deve ser respeitada por ela mesma, não há de se falar em hierarquia entre o ser humano e os demais seres vivos. O antropocentrismo, ao contrário, afirma que o valor da natureza está limitado à sua relação com o homem, ou seja, a natureza não possui valor intrínseco e sua proteção é justificada em última instância pela necessidade de se proteger a vida humana, seja ela presente ou futura.

A segunda questão diz respeito à sobreposição do direito ao meio ambiente a outros direitos da mesma categoria como o direito à propriedade privada tanto no âmbito dos direitos humanos quanto no âmbito dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar que essa discussão a respeito da natureza jurídica dos direitos humanos não é inócua. Dependendo da forma em que se enxerga os direitos humanos, vai ser possível uma efetivação diferenciada de tais direitos, sua proteção material. A conquista dos direitos sociais, por exemplo, foi dificultada exatamente porque se defendia à época o caráter absoluto dos direitos individuais. Da mesma forma, atualmente, encontra-se resistência na defesa de direitos que não tenham como titulares sujeitos individualmente considerados, ou mesmo que os titulares não sejam indivíduos (seres humanos).

Quando os direitos humanos sofrem a mediação concretizadora da norma, eles passam à categoria de direitos fundamentais. Ao serem positivados pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado, eles estão sujeitos tanto a uma proteção efetiva, quanto a uma limitação, tendo em vista que passam a fazer parte de um ordenamento jurídico que se pretende harmônico.

A Constituição Federal brasileira, e.g., restringe a propriedade privada determinando sua função social, que inclui a proteção ambiental. Poderia mesmo se dizer que a única propriedade que é tutelada pela ordem jurídica brasileira é aquela que cumpre sua função social. Os donos de propriedades que a descumprem, na verdade, seriam esbulhadores do bem que pertence a todos (caráter difuso). Sobre o mesmo bem (terra) incidem diversos sujeitos de direito: o proprietário, a coletividade (que perde seu caráter de sujeito passivo total, para ganhar o título de sujeito coletivo de direito) e até mesmo a natureza.

O ponto central desse trabalho é mostrar como os argumentos utilizados na caracterização dos direitos humanos e na construção de uma ética ambiental são importantes na solução de conflitos reais que confrontam o direito fundamental da propriedade privada e o direito também fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Será analisada a questão da efetivação de tais direitos por meio da construção de novos conceitos, por abandono do paradigma liberal, considerando também o grau de consciência em determinado contexto histórico e social.

A fim de discutir esses temas, o trabalho está estruturado em três partes. A primeira faz um diálogo entre dois importantes autores acerca da natureza jurídica dos direitos humanos: Norberto Bobbio, que defende a heterogeneidade dos direitos fundamentais, e Antônio Augusto Cançado Trindade, que defende a indivisibilidade desses direitos.

Na segunda parte do trabalho será analisada a questão da ética ambiental, mostrando as diferentes formas de se defender o meio ambiente. Utiliza-se a classificação de Arne Naess e David Pepper de ecologia profunda e superficial, antropocentrismo utilitário e fraco. Ao final desse capítulo mostra-se a relação dessas éticas ambientais com as teorias acerca da natureza jurídica dos direitos humanos.

Por fim, na última parte, partindo da análise da dogmática constitucional e utilizando a argumentação construída ao longo do trabalho, analisa-se as possíveis soluções para os conflitos que envolvem dois direitos fundamentais, a saber: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à propriedade.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS**

Existem diferentes formas de explicar a natureza jurídica dos direitos humanos. Jorge Miranda identifica quatro diferentes correntes jusfilosóficas nessa tentativa: a) o jusnaturalismo, que indica que “os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado”; b) o positivismo, que assevera que “os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela”; c) o idealismo que suporta a concepção de que “os direitos humanos são idéias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo”; e finalmente d) o realismo que acredita que os direitos humanos são “o resultado direto de lutas sociais e políticas”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 114.

Pode-se dizer que a preocupação com a tutela jurídica dos direitos humanos, ao menos em âmbito internacional, deu-se na Era Moderna com o surgimento do Estado liberal, que teve como ideologia principal a garantia dos direitos civis e políticos. O contexto daquela época (século XVII - XIX) traduzia-se pelo conflito de interesses entre a burguesia e o Rei, que detinha poderes absolutos. A ideologia jusnaturalista foi a base teórica da revolução que pretendeu limitar o poder de forma dicotômica: ao lado da esfera de poder do Rei, criou-se a esfera de poder dos súditos, que eram detentores do Direito Natural. Afirmou-se que o homem possui direitos inerentes à sua espécie, independentemente do reconhecimento do Soberano (ou Estado).

A análise da evolução dos direitos humanos a partir daí enseja diversas perspectivas. A partir do prisma realista, os direitos humanos são o resultado do processo de conquista de direitos liderado pelo movimento social burguês, i.e., os direitos humanos nasceram na Era Moderna. É interessante notar, porém, que a base jusfilosófica desse movimento foi o Direito Natural, que, por contemplar os direitos humanos como inerentes à natureza humana, afirma que eles existem desde sempre.

A concepção de direitos humanos defendida por Norberto Bobbio pode ser identificada na classificação de Jorge Miranda como realista. Bobbio afirma que os direitos humanos são históricos e heterogêneos, i.e., nascem gradualmente de acordo com as carências de cada época, levando-se em consideração as limitações de poder, as condições sociais e o desenvolvimento tecnológico. O autor classifica os direitos humanos em sucessivas gerações, sendo que as últimas não eram sequer concebíveis quando as primeiras nasceram, podendo haver incompatibilidade entre os direitos de diferentes gerações.

Outra perspectiva, defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade, assevera que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, indivisíveis e interdependentes, e não heterogêneos; portanto complementares e não incompatíveis. O autor não faz referência direta à teoria do Direito Natural, mas é possível identificar essa base filosófica por detrás de sua afirmação sobre a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos. Na verdade,

sua doutrina poderia ser classificada como neopositivista, pois há um resgate da filosofia do jusnaturalismo em um apelo positivista.

O que há de comum nas teorias dos dois autores é a preocupação com a efetiva proteção dos direitos humanos e a afirmação do seu caráter universal. Nesse primeiro capítulo, serão analisadas as diferentes características atribuídas aos direitos humanos, de acordo com o posicionamento de Bobbio e Cançado Trindade, i.e., o historicismo e a indivisibilidade respectivamente.

## 2.1 A NATUREZA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Norberto Bobbio<sup>2</sup>, ao analisar a natureza jurídica dos direitos do homem, questiona a teoria jusnaturalista, que inegavelmente contribuiu de forma essencial na formação dos direitos humanos, afirmando que eles não possuem um fundamento último, absoluto, capaz de justificá-los. Na verdade os direitos do homem são uma classe variável, que mudam conforme a transformação das condições históricas. Não há direito fundamental por natureza porque o que é fundamental em determinada época não é em outra. Direitos historicamente relativos não podem ter fundamentos absolutos.<sup>3</sup>

Acrescenta ainda que os direitos do homem são classe de direitos heterogêneos, por isso dentro do próprio rol de direitos humanos há direitos incompatíveis entre si. Segundo Bobbio, todo novo direito favorável à determinada categoria de pessoas suprime ou limita um velho direito de outra categoria. Não haveria justificação válida para essas restrições se houvesse um fundamento absoluto. O autor identifica uma antinomia entre diferentes gerações de direitos, pois quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos (direitos sociais) mais diminuem as liberdades (direitos individuais). Cada nova geração de direitos vem conformar aqueles reivindicados pela anterior, e é por essa razão que há sempre uma grande resistência no reconhecimento dos novos direitos. Os direitos sociais

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>3</sup> Id, p. 18-19.



conformaram o fundamento absoluto dos direitos de liberdade, e da mesma forma os direitos coletivos surgem trazendo novas limitações tanto aos direitos individuais quanto aos sociais.<sup>4</sup>

A verdadeira crítica formulada por Bobbio quanto à busca do fundamento absoluto é feita na afirmação de que o racionalismo ético é ilusório. Não basta demonstrar por teoremas inquestionáveis e irresistíveis os valores últimos para que seja assegurada sua realização, o fundamento último não é capaz de conseguir a obtenção de rápido e eficaz reconhecimento e realização dos direitos do homem.<sup>5</sup> Complementando a idéia de Bobbio, cabe lembrar que essa redução à verdade é impossível na ciência jurídica, que é eminentemente argumentativa e não demonstrativa, e a tentativa de fazê-la dar-se-á unicamente no âmbito da metafísica. Além disso, o fundamento absoluto pode gerar distorções, ele “não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.”<sup>6</sup>

De acordo com Bobbio, o problema não é justificar os direitos humanos, mas protegê-los. Ele aponta, como solução para a realização dos direitos do homem, a necessidade de o filósofo do direito não se isolar, ao contrário, ele deve buscar vários fundamentos possíveis em cada caso concreto juntamente das ciências históricas e sociais.

A partir desses conceitos sobre os direitos humanos, Bobbio faz uma análise de sua evolução, construindo a partir de então a teoria das *gerações*. Ele assevera que o nascimento e o crescimento dos direitos do homem “são estreitamente ligados à transformação da sociedade, como a relação entre a proliferação dos direitos do homem e do desenvolvimento social o mostra claramente.”<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Id, p. 20-22.

<sup>5</sup> Id, p. 23-24.

<sup>6</sup> Id. p.22.

<sup>7</sup> Id, p. 73.

A análise histórica que o autor faz da evolução dos direitos humanos é sintetizada no processo por ele chamado de multiplicação por especificação. A especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”.<sup>8</sup> E a multiplicação é verificada de três modos:

“a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.”.<sup>9</sup>

Nesse processo, a necessidade de se fazer referência a um contexto social determinado é explícita.

Para Bobbio, os direitos do homem nasceram na Era Moderna com a revolução burguesa. Como dito anteriormente, o jusnaturalismo foi a corrente ideológica, fundada na idéia de liberdade e igualdade formal, que baseou o Estado Liberal de Direito. Foram garantidos os direitos fundamentais civis e políticos que tomam o indivíduo como ente político. No plano econômico, pretendia-se assegurar a liberdade de propriedade e de comércio por meio da não intervenção estatal. Pregava-se o Estado mínimo. A base fática dos direitos, que foram posteriormente chamados de primeira geração, é o seu exercício independentemente da ação de outrem, trata-se de direitos negativos. As Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa colocaram tais direitos em diplomas legislativos que influenciaram a formatação das constituições liberais, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o fez de uma forma mais universal.

---

<sup>8</sup> Id, p. 62.

<sup>9</sup> Id, p. 68.

Com a Revolução Industrial e a expansão do capitalismo, surge também uma classe operária oprimida, que se mobiliza para reivindicar direitos sociais, chamados de segunda geração. Na primeira metade do século XX, instaura-se o Estado Social de Direito e as constituições liberais passam a incorporar novas categorias de direitos: sociais, econômicos e culturais. O indivíduo passa a ser visto não apenas como ente político, mas como integrante de uma sociedade com demanda econômica. A intervenção estatal cresce a fim de efetivar a igualdade material que era exigida pela luta dos trabalhadores. O Estado regulador passa a legislar com mais intensidade e intervém na economia para diminuir as desigualdades sociais e para evitar revoluções. Amplia-se o rol de garantias e direitos para incluir as liberdades positivas que exigem ações estatais – são os direitos sociais.

Após a Segunda Guerra Mundial e o fim dos modelos autoritários de governo, instala-se o Estado Social Democrático de Direito. Novos movimentos sociais com sujeitos coletivos de direitos surgem em contextos particulares para exigir do Estado seu “reconhecimento institucional, seja pela exigência de políticas públicas, seja pela positivação de determinados direitos sociais e sua defesa via judicial.”<sup>10</sup> Trata-se de direitos de terceira geração. O indivíduo é visto como integrante de uma coletividade humana (direitos ambientais, de minorias etc.). Fala-se mesmo de direitos de quarta geração, em que o indivíduo é tomado como integrante da espécie humana (conflitos relativos à engenharia genética, genomas humanos etc.). O parâmetro utilizado agora para a especificação dos direitos é o qualitativo e não mais o meramente econômico ou patrimonial, e a titularidade de tais direitos é coletiva ou difusa e não individual.

Movimentos sociais principalmente de mulheres e negros, mas também de ambientalistas e consumeristas, iniciaram esse processo ao passar a exigir políticas de ação afirmativa que lhes dessem maiores garantias de inclusão e proteção dada sua vulnerabilidade. Diversos diplomas seguiram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o *Civil Rights Act* de 1964, 1965 e 1968, que reconheceram o direito das minorias garantindo

---

<sup>10</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 100.

sua defesa judicial e a implementação de políticas públicas afirmativas; a Resolução da ONU 39/248 de 1985, que tratou do direito do consumidor; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, que instituiu o princípio da proteção integral à criança; a Declaração dos Direitos Humanos das Minorias de 1992, entre outros.

Os direitos difusos e os coletivos estão em franca evolução e Bobbio<sup>11</sup>, então, atenta para que essa evolução quantitativa dos direitos não possa parar. A Declaração Universal é produto de uma visão de mundo própria do final da Segunda Guerra. A realidade histórico-social, a partir de então, tem-se alterado, e ainda muito alterar-se-á, sendo importante a complementação da Declaração por outras, que enunciem os direitos decorrentes das modificações históricas, uma vez que, em sua concepção, o direito é produto da história. Porém, importância maior tem a institucionalização e a efetivação desses direitos tanto em nível internacional quanto local, o que parece estar gradativamente ocorrendo, ao menos, nos países que possuem sistema democrático.

## **2.2 A CORRELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXPRESSA NA SUA INDIVISIBILIDADE**

Contrapondo-se à concepção historicista dos direitos humanos defendida por Bobbio, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que a principal característica dos direitos humanos é sua indivisibilidade. Para este autor, não há como classificar os direitos humanos em diferentes gerações. Todos os direitos humanos possuem um certo grau de individualidade e de sociabilidade, não sendo possível caracterizá-los em direitos meramente individuais ou sociais. Da mesma forma, sob diferentes pontos de vista, todos podem demandar para sua proteção ações positivas ou negativas do Estado e da sociedade civil. Portanto, também mostra-se inadequada a classificação de acordo com o tipo de conduta exigida para sua efetivação.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. Op. Cit, p. 49-65.

Cançado Trindade exemplifica a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos ao analisar a interação entre o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente, que na classificação de Bobbio seriam direitos de primeira, segunda e terceira geração respectivamente. Cançado Trindade diz que tais direitos podem ser considerados ao mesmo tempo direitos civis, sociais, políticos e culturais dependendo do enfoque:

*“In fact, the fundamental rights to life and to health lie at the basis of the ratio legis of international human rights law and of environmental law. Taken in its wide and proper dimension, the fundamental right to life comprises the right of every human being not to be deprived of his life (right to life, belonging to the realm of civil and political rights) and the right of every human being to have the appropriate means of subsistence and a decent standard of life (preservation of life, right of living, belonging to the domain of economic, social and cultural rights). It affords an eloquent illustration of the indivisibility and interrelatedness of all human rights.”<sup>12</sup>*

Para Cançado Trindade, distinguir o caráter individual ou o coletivo dos direitos humanos é restringir seu substrato. Os novos direitos reforçam os demais direitos do homem em vez de limitá-los. A fragmentação ou atomização proposta por Bobbio é errônea, não se deve falar em sucessões de direitos: *“The phenomenon we witness in our days is not that of a succession, but rather of the expansion and strengthening of recognized human rights.”<sup>13</sup>*

A visão fragmentária dos direitos humanos com a teoria das gerações sem interrelacioná-los, mas sobrepô-los, gera distorções. Novos direitos não vêm limitar os já existentes, em vez disso vêm reforçá-los e efetivá-los

---

<sup>12</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (editor). *Derechos humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment / Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*. (Seminário de Brasília de 1992). Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), San José de Costa Rica / Brasília, Brasil, 1992, p. 40-41.

<sup>13</sup> Id, p. 61.

por meio de uma nova leitura. O direito ao desenvolvimento, por exemplo, possui dimensão individual e coletiva (social), distinguir plenamente os direitos em “individuais” e “coletivos” pode levar à redução do *substratum* desses direitos ao modo de exercitá-los. Todos os direitos humanos, de certa forma, possuem uma dimensão social, pela qual se relacionam em diferentes níveis com a comunidade, sejam eles exercitados por indivíduos ou grupos, e a solidariedade não é uma característica exclusiva de certa categoria de direitos.

A assertiva de que o direito ao meio ambiente saudável traz limitações ao exercício de certos direitos econômicos ou sociais não leva em consideração o fato de que aquele direito veio expandir e reforçar direitos preexistentes. Então, o direito ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento, por exemplo, traz alguns ajustes para tornar outros direitos mais efetivos, ressaltando a interdependência e a indivisibilidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.<sup>14</sup>

A busca de meios mais efetivos para implementar os direitos econômicos, sociais e culturais passa necessariamente pela análise de sua complementaridade, i.e., seu fundamento único e sua indivisibilidade. A teoria das gerações sucessivas nega a essência da indivisibilidade e prega a substituição de direitos velhos por novos direitos. Em vez de afirmar a complementação de um direito humano por outro de mesma categoria, a teoria das gerações fala em limitações de um direito por outro.

Na busca de meios efetivos de proteção internacional dos direitos humanos, outro aspecto relevante apontado por Cançado Trindade é sua dimensão intertemporal. Essa dimensão leva à interpretação dinâmica dos tratados e dos instrumentos internacionais de direitos humanos e sua real aplicação no *cas d'espèce* (e.g. a cristalização gradual da noção de vítimas potenciais).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Id, p. 61.

<sup>15</sup> Id, p. 62.

Ainda sobre efetiva proteção dos direitos humanos, Cançado Trindade faz uma interessante análise em nível normativo sobre a indivisibilidade dos direitos humanos. De acordo com o autor, é possível identificar no âmbito normativo um núcleo de direitos indisponíveis (*non-derogable*) de aceitação universal que formam o que ele chama de *hardcore of fundamental rights* (e.g. direito à vida, direito a não ser submetido à tortura ou à escravidão, direito à não aplicação de penas retroativas).

*“The reassuring consolidation of a hardcore of fundamental non-derogable rights, as a definite achievement of civilization, has not taken place pari passu to developments at the procedural level, where the absence of a ‘hierarchy’ between the distinct mechanisms of protection seems to continue to prevail. Those mechanisms have in practice reinforced each other, revealing or sharing an essentially complementary nature, as evidenced, e.g., by the incidence here of the test of the primacy of the most favourable provision to the alleged victims.”<sup>16</sup>*

Cançado Trindade não vê impedimentos jurídicos nem legais para que se continue avançando substancialmente na expansão do núcleo de direitos indisponíveis, e procedimentalmente no incremento de meios mais efetivos de implementação, e.g., de direitos sociais, na luz da concepção da indivisibilidade dos direitos humanos. Paralelamente ao processo de expansão nuclear, centra-se a atenção na melhoria das garantias em relação a todos os direitos humanos, derogáveis ou não.<sup>17</sup>

Na medida em que os novos direitos, como o direito ambiental, vão adquirindo aceitação universal é possível inclui-los no rol dos direitos indisponíveis (*hardcore*) por meio da expansão de seu núcleo.<sup>18</sup> Esses direitos visam a ampliar a proteção dos direitos preexistentes em vez de limitá-los ou substituí-los.

---

<sup>16</sup> Id, p. 62-63.

<sup>17</sup> Id, p. 63.

<sup>18</sup> Id, p. 63.

Por enquanto, o direito ao meio ambiente, e.g., apenas reforça outros direitos humanos já existentes trazendo novas dimensões a estes, como o direito à informação e à educação do ponto de vista ambiental. Da mesma forma, pode-se perseguir a proteção ambiental reivindicando-se direitos já existentes (privacidade, vizinhança...) e que possuem meios eficazes de efetivação (caráter “individual” do meio ambiente). Uma vez entendido como direito humano, o direito ao meio ambiente vem enriquecer o *corpus* dos direitos humanos reconhecidos, e não restringir o uso de outros direitos.<sup>19</sup>

Com a defesa da tese de que existe um *hardcore* de direitos indisponíveis é possível inferir que Cançado Trindade traz uma certa resistência ao reconhecimento de direitos coletivos. Para o autor, apenas os direitos civis e os políticos conseguiram alcançar o *status* de direitos não derogáveis da humanidade, fazendo parte de um rol seletivo de direitos reconhecidos universalmente. A implementação efetiva dos direitos sociais, econômicos e culturais dá-se exatamente nessa relação de complementaridade com os direitos civis e políticos, que são inquestionáveis.

Em suma, Bobbio e Cançado Trindade divergem sobre a gênese e a forma de evolução dos direitos humanos, apesar de ambos terem sua maior preocupação na efetivação desses direitos. No capítulo seguinte, serão analisadas as duas principais correntes sobre as tendências ambientalistas relativas ao antropocentrismo e ao ecocentrismo, para em seguida relacioná-las com as teses sobre a natureza jurídica dos direitos humanos de Bobbio e Cançado Trindade.

### 3 CONCEPÇÕES ÉTICAS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Revolução Industrial do século XVIII, as inovações tecnológicas e a ânsia pelo progresso em um contexto capitalista dos séculos XIX e XX geraram a degradação ambiental que no século XXI atinge índices alarmantes. A possível saturação dos recursos naturais e a necessidade de

---

<sup>19</sup> Id, p. 63.



se repensar a relação do homem com a natureza são temas centrais da atualidade jurídica.

No âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, marca o início de uma nova era. Reconhecido internacionalmente como um direito humano, o direito ambiental passa a figurar um papel importante nas relações políticas, econômicas, sociais e jurídicas, principalmente no que tange a co-responsabilidade mundial da sua proteção.

Vinte anos mais tarde, em nova conferência sobre o meio ambiente, a Rio/92, voltou-se a discutir a questão da proteção ambiental adicionando novos princípios relativos ao desenvolvimento sustentável e reforçando a necessidade da cooperação internacional para uma efetiva proteção do meio ambiente.

No âmbito interno, muitas Constituições nacionais seguiram os princípios estipulados pelas Convenções e introduziram o direito ao meio ambiente saudável no rol de direitos fundamentais dos Estados, inclusive o Brasil.

Na doutrina também não se questiona a importância da preservação ambiental. Ao contrário, aponta-se para sua estreita relação com o direito à qualidade de vida, que eleva o direito ambiental ao *status* de direito fundamental. Como assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA: “o que é importante (...) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.”<sup>20</sup>.

A partir da percepção do direito ambiental como direito à qualidade de vida, é que surgem as controvérsias acerca da “vida” que se pretende proteger. Tendo como objeto de estudo a relação do homem com a natureza, o direito ambiental pode ser centrado tanto na vida humana quanto na vida

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 44.

sem adjetivações (humana ou não). Os movimentos ecológicos posicionam-se sob dois diferentes prismas: na defesa da dimensão antropocêntrica ou da dimensão ecocêntrica do direito ambiental.

Essa discussão veio inserir o elemento ético no direito e, longe de ser mera questão doutrinária, o posicionamento por uma ou outra dimensão demonstra o grau de comprometimento com a preservação da natureza. Tal assertiva torna-se visível especialmente quando dois direitos igualmente fundamentais confrontam-se, como a propriedade e o meio ambiente, ou seja, quando o meio ambiente é fator de limitações de direitos individuais.

### 3.1 ANTROPOCENTRISMO V. ECOCENTRISMO

A visão de que o mundo gira em torno do homem é marcante nos debates ambientais. Muito já se avançou no sentido da percepção humana do meio ambiente ao seu redor como parte essencial de sua própria sobrevivência. Entretanto, a proteção ambiental tem sido pontual: apenas da perspectiva do valor instrumental da natureza para o ser humano, é que o meio ambiente é visto como merecedor de tutela.

A visão antropocêntrica da relação do homem com a natureza nega o valor intrínseco do meio ambiente e dos recursos naturais, o que resulta na criação de uma hierarquia na qual a humanidade detém posição de superioridade, acima e separada dos demais membros da comunidade natural. Essa visão priva o meio ambiente de uma proteção direta e independente. Os direitos fundamentais à vida, à saúde e à qualidade de vida são fatores determinantes para os objetivos da proteção ambiental. Assim, o meio ambiente só é protegido como uma consequência e até o limite necessário para proteção do bem-estar humano. A visão antropocêntrica utilitária do direito ambiental subjugua todas as outras necessidades, interesses e valores da natureza em favor daqueles relativos à humanidade. As vítimas da degradação, em última instância, serão sempre os seres humanos, e não o meio ambiente.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> BOSSELMANN, Klaus. "Human rights and the environment: the search for common ground". *Revista de Direito Ambiental*, nº 23, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2001, p. 42.

O ecocentrismo vem de encontro a essa visão antropocêntrica e invoca, na ecologia “profunda” (*deep ecology*), a idéia da bioética:

“A bioética diz que a natureza tem valor intrínseco, de direito próprio, independentemente do seu valor para os seres humanos. Com tal, os seres humanos são moralmente obrigados a respeitar as plantas, os animais e toda a natureza, que têm direito à existência e a um tratamento humano.”<sup>22</sup>.

Assim, a natureza perde seu caráter instrumental, todos os seres vivos possuem valor próprio, que não podem ser mesurados de acordo com sua utilidade para as aspirações humanas. Da mesma forma, a biodiversidade também deve ser valorada por ela mesma, e não apenas por contribuir para o bem-estar humano.<sup>23</sup>

A plataforma da ecologia profunda visa à reestruturação geral da relação do homem com a natureza redirecionando o foco, que é tradicionalmente o ser humano, para o meio ambiente. Como estratégia os ecologistas profundos pretendem o mínimo de intervenção humana nos ecossistemas. Para se obter essa intervenção mínima eles propõem até a diminuição da população mundial. Essa plataforma está realmente fundamentada em uma nova forma de pensar as bases econômicas, sociais, tecnológicas e filosóficas da civilização humana, e seu principal instrumental é a propagação da consciência ecológica, com a participação de todos no debate.<sup>24</sup>

Em termos econômicos, as restrições ao desenvolvimento com base no meio ambiente é a matriz básica. Os bens e os serviços a serem produzidos devem ser apenas aqueles necessários para a sociedade, o parâmetro não

---

<sup>22</sup> PEPPER, David. *Ambientalismo moderno*. Coleção perspectivas ecológicas, nº 29, Trad.: Carla Lopes Silva Correia. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1996, p. 31.

<sup>23</sup> KATZ, Eric. "Against the inevitability of anthropocentrism". In: KATZ, Eric; LIGHT, Andrew; and ROTHENBERG, David (org.). *Beneath the Surface: critical essays in the Philosophy of Deep Ecology*. Cambridge, Massachusetts, London: MIT Press, 2000, p. 19.

<sup>24</sup> A esse respeito David Pepper elabora um interessante quadro comparativo dos valores convencionais e dos valores verdes na obra *Ambientalismo moderno*. 1996.

deve ser a rentabilidade, e a eficiência econômica deve ser medida pelo grau de afetação aos recursos naturais. A produção local e não-industrial deve substituir a produção globalizada, industrial e altamente poluente. Pela semelhança com as teorias sociais da economia, demonstrando ser um novo projeto emancipatório apenas com uma roupagem diferente, o projeto encontra inúmeras resistências.

No âmbito social, a teoria ecocêntrica propõe uma nova forma de solidariedade. O ser humano não pode se colocar isolado ou superior ao meio natural que está à sua volta. É necessário que haja um sentimento de pertença, o ser humano é parte do todo da biosfera, e como tal deve se portar. O respeito mútuo entre os seres humanos deve se estender para abranger o respeito aos seres vivos em geral, todos habitantes do mesmo espaço. Não há que se falar em hierarquia.

A tecnologia deve servir à proteção ambiental, e.g., criando-se novas formas de reciclagem e reaproveitamento do que é descartado. A tecnologia não deve ser um fim, mas mero instrumental em favor da vida. Além disso, seu uso e posse devem ser democráticos.

A filosofia da ecologia profunda está baseada na ética ambiental que prega exatamente a mudança da perspectiva antropocêntrica de enxergar o mundo e as relações dos seres que o habitam. Nas palavras de ERIC KATZ, a filosofia ambiental:

*“(...) appears to be a denial of anthropocentrism, an attempt to develop an environmental philosophy that explains the human relationship to the natural world with an emphasis on the value of nature and natural processes – an environmental philosophy that is not focused on human life and human institutions.”<sup>25</sup>.*

---

<sup>25</sup> KATZ, Eric. Op. Cit, p. 21.

O filósofo norueguês ARNE NAESS<sup>26</sup>, que criou e primeiro desenvolveu as principais características da ecologia profunda, enumera oito princípios básicos para identificá-la. São eles:

“1) O bem-estar e o desenvolvimento da vida humana e não-humana na terra têm valor em si próprios (sinônimos: valor intrínseco, valor inerente). Este valor é independente da utilidade do mundo não-humano aos propósitos humanos.

2) A riqueza e a diversidade das formas de vida contribuem para a realização deste valor, e são em si mesmos valores.

3) Os homens não têm o direito de reduzir esta riqueza e diversidade, exceto para satisfazer necessidades *vitais*.

4) O desenvolvimento da vida e das culturas humanas é compatível com uma redução substancial da população humana. O desenvolvimento da vida não-humana exige essa redução.

5) A atual interferência humana com o mundo não-humano é excessiva, e a situação está a piorar rapidamente.

6) As políticas devem ser alteradas. Estas políticas afetam as estruturas econômicas, tecnológicas e ideológicas básicas. O estado das coisas daí resultante será profundamente diferente do presente.

7) A mudança ideológica é basicamente a de apreciar a *qualidade* de vida (residindo em situações de valor inerente) em vez de aderir a um *standard* de vida cada vez mais alto. Haverá uma consciência profunda da diferença entre grande e ótimo.

8) Aqueles que subscrevem os pontos anteriores têm, direta ou indiretamente, a obrigação de tentar implementar as mudanças necessárias.”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> NAESS, Arne. “The deep ecological movement: some philosophical aspects”. In: ZIMMERMAN, Michael (org.). *Environmental Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall, 1998, p. 196-197.

<sup>27</sup> Tradução feita por Carla Lopes Silva Correia na obra PEPPER, David. *Ambientalismo moderno*. Coleção perspectivas ecológicas, nº 29. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1996, p. 38.

As maiores críticas ao ecocentrismo profundo dizem respeito à afirmação do valor intrínseco da natureza e ao radicalismo das propostas de transformação econômica e social. Para David Pepper a adoção do ambientalismo profundo levaria ao retrocesso das comunidades primitivas, tratando-se de um projeto, além de inviável, bastante ingênuo, ou na sua pior forma, um projeto politicamente reacionário. O problema da desigualdade e da miséria nunca são realisticamente abordados, apesar de sua íntima ligação com as questões ambientais.<sup>28</sup>

Duas correntes mais ponderadas tomam parte no debate na tentativa de reestruturar o que há de mais criticado na ecologia profunda e no antropocentrismo utilitário. São elas a ecologia superficial e o antropocentrismo fraco, também chamado de antropocentrismo *light*, “*enlightened*” ou não-utilitário.<sup>29</sup>

Os ecologistas superficiais admitem que “o resto da natureza pode ter valor intrínseco, mas o valor da humanidade é maior.”<sup>30</sup> Para DAVID PEPPER a ecologia superficial acaba confundindo-se com a antropocêntrica

“já que torna a terra um instrumento para os fins humanos. Os seres humanos são reconhecidos como o único ponto de referência de valor. São eles que conferem ‘valor’, ‘direitos’, obrigações e dever moral, e decidem o que deve e o que não deve ser valorizado. As preocupações dos seres humanos devem ser resolvidas *usando* a natureza.”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> PEPPER, David. Op. Cit, p. 48.

<sup>29</sup> Há diversas formas de classificar as correntes ambientalistas; a maneira especificada no trabalho é apenas uma delas. Por exemplo, Michael Zimmerman classifica a ética ambiental em três campos: antropocentrismo fraco, ecologia radical e antropocentrismo reformista. Segundo este autor, no antropocentrismo fraco os humanos são intrinsecamente mais valiosos, mas alguns seres não-humanos também possuem seu próprio valor, não podendo ser tratados apenas como meios para o alcance de objetivos humanos. Diferentemente, o antropocentrismo reformista defende que os seres não-humanos possuem apenas valor instrumental ao homem. Os problemas ambientais não estão nas atitudes antropocêntricas em relação à natureza, e sim nas atitudes patriarcais; falta consciência ecológica de uso adequado dos recursos naturais. Por fim, a ecologia radical pode ser identificada com os movimentos da ecologia profunda, o ecofeminismo e a ecologia social, entre outros. Para eles, apenas uma revolução ou uma mudança radical no paradigma cultural pode evitar a devastação ambiental. ZIMMERMAN, Michael (org.). *Environmental Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall, 1998, p. 3-5.

<sup>30</sup> PEPPER, David. Op. Cit, p. 56.

<sup>31</sup> Id, p. 56.

De maneira realmente semelhante, o antropocentrismo não-utilitário também instrumentaliza a natureza. Porém, diferentemente da ecologia superficial, ele não admite valor intrínseco à natureza. O foco continua sendo o homem, mas a análise meramente utilitária de custo/benefício fica superada. Na verdade, a introdução da ética no debate ecológico serve para reforçar o caráter antropocêntrico do ambientalismo. Apenas o homem é um ser moral.

O antropocentrismo não-utilitário pretende ampliar o código moral para incluir as preocupações ambientais. Segundo DAVID PEPPER, “os antropocêntricos fracos estão preparados para alargar o que é claramente reconhecido como um conjunto *humano* de atitudes morais (não intrínsecas na natureza) ao resto da natureza.”<sup>32</sup> O antropocentrismo fraco situa a questão das atitudes em favor da natureza tanto na sua relação material com o homem, pela qual o meio ambiente deve ser preservado como forma de sustentação da própria vida humana, como também na relação meramente moral, e.g., no desconforto que o ser humano pode sentir ao se falar em tortura de animais, ou pelo prazer estético de se preservar uma bonita paisagem. De qualquer forma, o centro das preocupações é sempre o ser humano.

Nesse sentido, a proteção ambiental não pode escapar de um mínimo de antropocentrismo. A humanidade pode não ser o centro da biosfera, mas apenas o ser humano é capaz de reconhecer e respeitar a moralidade. A questão está na inclusão do meio ambiente no código moral, gerando deveres de proteção ambiental. De acordo com DINAH SHELTON:

*“Humans are not separable members of the universe. Rather, humans are interlinked and interdependent participants with duties to protect and conserve all elements of nature, whether or not they have known benefits or current economic utility. This anthropocentric purpose should be distinguished from utilitarianism.”*<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Id, p. 56.

<sup>33</sup> SHELTON, Dinah., *In*: BOSSELMANN, Klaus. Op. Cit, p. 43.

Ao relacionar a proteção ao meio ambiente como direito humano fundamental com a discussão sobre a ética ambiental, parece que as posições mais ponderadas são as mais adequadas juridicamente no atual contexto histórico. A análise vem a seguir.

## **3.2 ÉTICA AMBIENTAL E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos como valores ocidentais foram concebidos sob a ótica individualista liberal, e serviram de base para o desenvolvimento da economia capitalista. Nesse contexto, a natureza sempre foi vista como um instrumental necessário para alcançar ganhos materiais. A natureza pode ser dominada e explorada desde que se tenha em vista o benefício humano. Essa é uma postura essencialmente patrimonialista e utilitária.

De fato, essa atitude gerou elevado grau de desenvolvimento nos países que a adotaram, entretanto esse processo ocorreu a um alto custo: a degradação ambiental. Muito recentemente, o ser humano percebeu que a capacidade de auto-reprodução dos recursos naturais não consegue acompanhar a evolução tecnológica e a exploração da natureza, que vêm ocorrendo em uma velocidade superior. Os recursos naturais passaram a ser vistos como finitos e a preservação ambiental passou a ser uma importante bandeira. Atualmente, a maior dificuldade está em se encontrar um ponto de equilíbrio entre desenvolvimento e proteção ambiental, promovendo o que se convencionou chamar de ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável. É inegável o importante papel desempenhado pelo direito nesse processo.

As Convenções Internacionais, como dito anteriormente, traduzem essa preocupação. O relatório de 1987 da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento desacelera a idéia de um desenvolvimento ilimitado e irresponsável, substituindo-a pela de um desenvolvimento sustentável, i.e., “um desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades.”<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> SANTOS, Roberto. “Ética ambiental e funções do direito ambiental”. *Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série*. n.º 6. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, jul/dez 2000, p. 164.



A preocupação internacional com a natureza, entretanto, ainda demonstra o foco antropocêntrico. O primeiro princípio da Convenção Rio/92 enuncia que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Eles têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”<sup>35</sup>

De acordo com Klaus Bosselmann, ao trazer a ética ambiental ao debate sobre o direito fundamental ao meio ambiente saudável, o que se pretende é que os ordenamentos jurídicos passem a ser baseados nos três princípios básicos da democracia, da solidariedade e da ecologia. Assim, as postulações de direito individuais não seriam definidas apenas com limitações sociais, mas também com limitações ecológicas.<sup>36</sup>

A concepção historicista dos direitos humanos é capaz de justificar a essência ecocêntrica do direito fundamental ao meio ambiente saudável. Realmente Bobbio menciona a possibilidade de se atribuir direitos à natureza, na configuração de direitos de terceira ou quarta geração. Com base no fato de que os direitos fundamentais são o produto de conquistas históricas, o movimento ecologista dentro de um contexto social determinado teria a capacidade de construir uma nova teoria que atribui direitos à natureza. Direitos estes que inclusive teriam força limitadora aos direitos de primeira e segunda geração. Isso dá-se pelo processo da multiplicação de direitos por especificação analisado no item 2.1. Segundo BOBBIO, dentro desse processo de multiplicação de direitos, há uma etapa em que:

“(...) ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, *além dos indivíduos*

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 41.

<sup>36</sup> BOSSELMANN, Klaus. Op. Cit, p. 40-41.

*humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais.* Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um *direito da natureza* a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.<sup>37</sup> (grifo nosso).

Portanto, fica claro o posicionamento ecocentrista de Norberto Bobbio justificado pela teoria historicista dos direitos humanos.

Por outro lado, a tese da indivisibilidade defendida por Cançado Trindade é antropocêntrica e nega a possibilidade de se atribuir à natureza a capacidade de ser sujeito de direitos por uma razão simples: se os direitos fundamentais são inerentes à natureza humana e ainda são indivisíveis, como se poderia pensar na idéia da existência de um direito humano que não pertence ao homem? Haveria no mínimo de se fragmentar os direitos humanos, sendo apenas parte deles inerentes ao ser humano, e a outra parte seria atribuível a entes diversos do homem.

Pela tese da indivisibilidade que é baseada no jusnaturalismo, seria possível, no máximo, atribuir-se deveres ao homem relativos à preservação ambiental. O fim último de tal assertiva seria a proteção da própria vida humana *lato sensu*, ou seja, o que se pretende é a efetivação do direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento como forma de se garantir a dignidade humana, i.e., a qualidade de vida. O centro dos direitos e dos deveres continua sendo o ser humano, ele é o beneficiário último. O reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável, assim como o direito ao desenvolvimento como direitos fundamentais, dá-se na medida em que eles são necessários para o preenchimento das necessidades básicas humanas.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. Op. Cit, p. 69.

<sup>38</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. Cit, p. 63-64.

A ética ambiental ao ser introduzida na concepção dos direitos fundamentais não serve para ampliar o rol dos sujeitos de direitos a fim de incluir entes diversos do ser humano. Essa ética, “erigida a partir de fundamentos racionais do agir comunicativo e independente da visibilidade ou distância do outro ser humano”, vem para aumentar a responsabilidade, estendendo-a também sobre aqueles que não se mostram concretamente, i.e., “sobre os não-vizinhos, os distantes, os invisíveis e os humanos que ainda não nasceram e que inclusive não poderão nascer (...), [aqueles] que habitarão o planeta Terra em outro milênio, se ela sobreviver à destruição.”<sup>39</sup>

O ecocentrismo profundo tem grande valia em relação às intenções de concretização da proteção ambiental. Coloca-se freios mais eficazes na detenção da degradação ambiental em prol do desenvolvimento sustentável, envolvendo os cidadãos por meio da conscientização ecológica. O fator econômico de rentabilidade passa a ser secundário, tornando possível inclusive a flexibilização das garantias individuais a fim de assegurar o meio ambiente saudável, que é um direito de todos, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

O problema do ecocentrismo é que, ao afirmar que a vida tem um valor intrínseco e que qualquer ser vivo possui direitos, e mais, que tais direitos são fundamentais, admite-se a desconstrução de toda filosofia do direito formulada até hoje. Estar-se-á questionando o próprio conceito de “direito”. Ora, o direito só faz sentido como forma de regulação das condutas humanas nas relações sociais.

A teoria ecocêntrica radical, fundamentada na idéia de sucessão de gerações de direitos humanos, teria de construir argumentos suficientes para derrubar toda a filosofia do direito construída até hoje. O que ela pretende não é apenas incluir o meio ambiente entre os direitos humanos, ou seja, aqueles essenciais ao homem, mas reivindicar a existência de direitos (fundamentais ou não) para entes não-humanos. Não há como se admitir sujeitos de direitos diferentes do ser humano. É possível sim admitir-se

---

<sup>39</sup> SANTOS, Roberto. Op. Cit, p. 164-165.

sujeitos coletivos, ou sujeitos futuros, como a coletividade ou as gerações que hão de vir, mas o eixo há sempre de ser o homem. De fato, a concepção do direito apenas nas relações interindividuais de conflito, e que para todo direito existe um dever correlacionado, é ultrapassada. Porém daí a admitir-se que entes não-humanos sejam titulares de direitos, ou seja, que eles possuem valor intrínseco oponíveis ao homem, e mais, que esses direitos têm o *status* de direito fundamental, é bastante audacioso.

O contra-argumento a favor da natureza como sujeito de direito poderia ser o fato de que pessoas jurídicas também podem ser titulares de direitos fundamentais. Entretanto, deve-se ter em mente que essa titularidade só é admitida porque as pessoas jurídicas servem a um propósito ligado ao homem. O titular último dos direitos emprestados a uma pessoa jurídica é o homem que a integra. Não é possível ver na proteção dos animais ou vegetais, como direito fundamental, um titular que não seja o homem. Protegem-se as matas por elas serem necessárias ao homem.<sup>40</sup>

A redução à análise de custo/benefício, ou seja, da utilidade meramente econômica do meio ambiente, realmente está falida. O elemento ético faz-se necessário, mas então estar-se-á falando em moral, e o único ser moral da natureza é o homem. Em última instância, o paradigma será o ser humano. Nesse sentido, a ética antropocêntrica não-utilitária mostra-se a mais adequada. Não há como falar em “direitos humanos” que pertençam a outro ser que não o humano, e não há como negar a importância fundamental do meio ambiente para a preservação da própria vida humana.

Paulo Gustavo Branco ressalta que a expansão desmesurada do que se toma como direitos fundamentais para alcançar qualquer pretensão constitui uma especulação que em nada contribui para fortalecer os direitos que realmente são mais importantes. Quando, então, passa-se a atribuir a outros entes – que não os homens – a posição de titulares de direitos faz-se necessário estabelecer uma linha mais nítida sobre o que são – substancialmente – os direitos fundamentais. É compreensível o entusiasmo

---

<sup>40</sup> Idéia informalmente explicitada por Paulo Gustavo Gonet Branco.

de movimentos sociais que trabalham com a possibilidade de conferir um *status* peculiar no sistema jurídico a certas pretensões, às vezes realmente importantes, como a questão ambiental. Mas por que dar a elas necessariamente foro de direito fundamental? O entusiasmo exagerado pelos direitos fundamentais pode acabar, pela inflação desses direitos, a banalizá-los. Tudo será direito fundamental – e aí então poder-se-á pôr em dúvida a utilidade dos instrumentos infraconstitucionais de proteção de interesses também relevantes da pessoa humana.<sup>41</sup>

A tarefa de definir substancialmente o que seja um direito fundamental não é das mais fáceis. Não importa se há inclinação em se adotar o caráter heterogêneo ou indivisível dos direitos humanos. A dificuldade é a mesma. Pelo primeiro prisma, o rol dos direitos fundamentais vai inflando ao longo dos anos de acordo com as exigências específicas de cada contexto histórico-social, e seu caráter heterogêneo dificulta o estabelecimento de características comuns. A tese da indivisibilidade sustenta que existe um núcleo de direitos fundamentais indisponíveis que pode ser lentamente expandido. Cançado Trindade não explicita de que forma essa expansão se dá, mas deixa claro que a proclamação de direitos humanos em convenções internacionais, ou seja, sua positivação, é um meio de reconhecimento de direitos fundamentais. Porém, nem todos os direitos ditos fundamentais em textos legislativos fazem parte do *hardcore* de direitos indisponíveis. Ademais, nem tudo que é positivado é verdadeiramente efetivado.

Alguns autores sugerem que a fundamentalidade material dos direitos humanos consistiria no princípio da dignidade da pessoa humana, e que apenas a compreensão histórica desse princípio poderia apontar quais seriam as pretensões legítimas.<sup>42</sup> O excesso de relativismo que essa afirmação carrega e a dificuldade em se entender o princípio em relação às pessoas coletivas demonstram que a dificuldade em se definir substancialmente o que seriam os direitos humanos continua.

---

<sup>41</sup> Idéia informalmente explicitada por Paulo Gustavo Gonet Branco.

<sup>42</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES; COELHO e BRANCO. Op. Cit. p.115-117.

Com essas indagações não se está querendo negar o *status* de direito fundamental ao direito ao meio ambiente saudável, muito menos afirmar que a tese ecocêntrica é errada. Apenas está-se chamando a atenção para o problema da caracterização da natureza como sujeito de direito e até que ponto essa afirmação é necessária para a real proteção do meio ambiente. Talvez as conseqüências negativas em nível doutrinário sejam mais prejudiciais do que os objetivos práticos que se visa a atingir.

O mais importante é estabelecer a implementação concreta desses direitos fundamentais concebidos abstratamente, assim como os meios para evitar sua violação. E nesse aspecto não há divergência. Entretanto, a forma de efetivação desses direitos pode gerar conflitos, e a solução vai diferir de acordo com a teoria adotada, como veremos no capítulo que vem a seguir.

#### **4 O DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO À PROPRIEDADE: CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nos capítulos anteriores, restou demonstrado que, apesar de não haver consenso sobre a natureza jurídica e o grau de valoração do meio ambiente, há o reconhecimento de que o direito ao meio ambiente saudável faz parte do rol dos direitos humanos. A proclamação internacional dos direitos humanos encontra eco nos ordenamentos internos dos Países. Esse processo de positivação ocorre sobretudo na formulação das constituições. A doutrina usa expressões diferenciadoras para identificar os diversos modos de reconhecimento desses direitos.<sup>43</sup>

Assim, a expressão direitos humanos refere-se às pretensões de respeito à pessoa humana postuladas universalmente e com caráter supranacional, normalmente inseridas em tratados e em outros documentos de direito internacional. A expressão direitos fundamentais “é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em

---

<sup>43</sup> Apesar de sua importância, o movimento do constitucionalismo não será objeto de análise nesse trabalho. A esse respeito ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

diplomas normativos de cada Estado.”<sup>44</sup> Por fazerem parte de uma ordem jurídica concreta são garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Nesta parte do trabalho será analisada primeiramente a posição do Direito Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com os demais ramos do direito. Em seguida, será feita uma breve consideração sobre os conflitos entre direitos fundamentais de modo geral, para, em um terceiro momento, analisar-se como se dá a interação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

A fervorosa discussão acerca da natureza jurídica dos direitos humanos e da ética ambiental é fascinante, porém chega um momento em que se torna necessário estabelecer um corte para analisar como se dá a concretização dessas idéias. O objetivo desse último capítulo, então, é mostrar que as teorias sobre direitos humanos e ética ambiental estão intimamente ligadas à real proteção do direito ao meio ambiente saudável em nível nacional, ou seja, com sua proclamação como um direito fundamental. Partindo dessa linha de raciocínio, questões como resolução de conflitos entre direitos fundamentais e a importância da consciência ecológica passam a ser importantes objetos de análise.

#### **4.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL**

Os direitos e garantias fundamentais estão relacionados no Título II da Constituição, que é subdividido em cinco capítulos: I) dos direitos e deveres individuais e coletivos, II) dos direitos sociais, III) da nacionalidade, IV) dos direitos políticos e V) dos partidos políticos. Contudo, esse rol não é exaustivo. Há outros direitos fundamentais dispersos na Constituição, entre eles o direito à saúde, à educação, à cultura e ao meio ambiente.

---

<sup>44</sup> BRANCO, Paulo Gustavo. Op. Cit, p. 125.

Em relação ao meio ambiente, já houve reconhecimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal de que se trata de um direito fundamental. No julgamento do MS 22.164-0/SP, rel. Min. Celso de Mello (DJ 17/11/95, 39206), a suprema corte adotou a classificação sugerida por BOBBIO e caracterizou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração, que tem como titular a coletividade:

“A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

A Constituição Federal de 1988 previu no Título da Ordem Social um Capítulo específico sobre o meio ambiente. Porém o legislador constitucional não restringiu a proteção ambiental a esse dispositivo. Ao contrário, a preocupação ambiental permeia todo o sistema constitucional,



sendo possível identificar, como faz José Afonso da Silva<sup>45</sup>, referências implícitas e explícitas ao meio ambiente. Da sistemática adotada pela Constituição é possível identificar alguns princípios basilares do direito ambiental no Brasil. Paulo Antunes enumera os seguintes:<sup>46</sup>

a) Princípio do Direito Humano Fundamental: *“O Direito ao Ambiente é um direito Humano Fundamental”* – decorre do art. 225, CF; da Declaração de Estocolmo 1972, e da Conferência Rio 92.

b) Princípio Democrático: surge da luta dos cidadãos e materializa-se por meio dos direitos à informação e à participação. A legislação brasileira prevê instrumentos jurídicos para sua efetivação. Medidas administrativas: direito de informação (art. 5º, XXIII, CF, lei 6938/81); direito de petição (art. 5º, XXIV, CF); e EPIA (art. 225, § 1º, IV, CF). Medidas judiciais: ação popular e ação civil pública. *“O Princípio Democrático significa o direito que os cidadão têm de serem informados sobre intervenções que atinjam o meio ambiente e, mais, deve ser assegurado aos cidadãos os mecanismos judiciais, legislativos e administrativos capazes de tornarem tal direito efetivo.”*

c) Princípio da Prudência e da Cautela: art. 225, § 1º, IV, CF: obrigação do EPIA, Rio 92. *“O Princípio da Prudência ou da Cautela é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que estas não serão adversas.”*

d) Princípio do Equilíbrio: diz respeito às opções políticas, prioridade ao meio ambiente em detrimento do desenvolvimento econômico degradante. *“O Princípio do Equilíbrio é o princípio pelo qual devem ser pesadas todas as implicações de uma intervenção no meio ambiente.”*

e) Princípio do Limite: art. 225, § 1º, V, CF – relativo ao poder geral de intervenção estatal em favor do bem comum, visando a garantir a sadia

---

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Op. Cit, p. 27-29.

<sup>46</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. “Existe um Direito Ambiental?” *Revista da Procuradoria-Geral da República*. nº 3, p. 143-163, abr/mai/jun 1993, p. 155-159.

qualidade de vida e a saúde pública. *“Princípio do Limite é o princípio pelo qual a Administração tem o dever de fixar parâmetros para as intervenções no meio ambiente, levando em conta a proteção da vida e do próprio meio ambiente e não a capacidade industrial de não agredir.”*

f) Princípio da Responsabilidade: poluidor-pagador e responsabilidade objetiva (art. 225, § 3º, CF e Rio 92). Risco de se instituir o direito de “comprar” a poluição (pode poluir, desde que pague), daí a importância da educação ambiental. *“Princípio da Responsabilidade é o princípio pelo qual o poluidor deve responder pelos seus atos ou omissões, em prejuízo ao meio ambiente, de maneira a mais ampla possível de forma que se possa reprimir a situação ambiental degradada e que a penalização aplicada tenha efeitos pedagógicos.”*

A existência de princípios informativos específicos do direito ambiental poderia sugerir que se trata de um novo ramo autônomo do direito. Mas será que é esse o objetivo ao se inserir na Constituição Federal a proteção ambiental? O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na verdade, atua no ordenamento jurídico de modo a reformular velhos conceitos para inserir a preocupação ambiental. E nessa tarefa os princípios oferecem um bom instrumental.

É possível identificar algumas características atribuídas ao meio ambiente pelo constituinte, que inovam a tradicional forma de se pensar o direito. Por exemplo, a existência de um sujeito ativo coletivo, conforme consagrou o STF, está presente no enunciado do artigo 225 da Constituição, que trata especificamente da proteção ambiental. Esse dispositivo mostra que o meio ambiente não se enquadra nas categorias de direitos políticos, individuais ou sociais, sendo verdadeiramente um bem jurídico diferenciado. Vejamos:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Ao instituir o meio ambiente como um direito de todos, o constituinte identifica-o como um direito que possui como sujeito a coletividade, e, assim, exigível por todos. A Constituição, mostrando-se atenta às transformações conceituais de direitos fundamentais, inovou ao assegurar expressamente o direito de futuras gerações. Nota-se que o legislador também tratou de estipular deveres referentes ao meio ambiente, impondo-os ao Poder Público e à coletividade. Portanto, todos são ao mesmo tempo titulares de direitos e deveres em relação ao meio ambiente, e para a proteção efetiva do meio ambiente estão disponíveis instrumentos jurídicos de diferentes áreas do direito, e.g., de caráter civil (art. 5º, LXXIII e art. 129, III, CF), penal (art. 225, § 3º, CF), administrativo (art. 170, VI; art. 200, VIII e art. 216, V, CF), entre outros.

A caracterização do meio ambiente como bem de “uso comum do povo” remete à classificação sobre bens de domínio público feita pela doutrina de direito administrativo. Acontece que o enquadramento de uma nova forma de se pensar o direito em institutos antigos não é adequada, e as questões coletivas demonstram sobremaneira essa dificuldade do jurista em se adaptar às mudanças. Como bem observa LUÍS ROBERTO BARROSO:

“(…) À luz da doutrina e da legislação vigentes, a expressão *bens de uso comum do povo* designa uma modalidade de bem público, isto é, aqueles sujeitos ao direito de propriedade de alguma das entidades estatais. A intenção do constituinte, todavia, certamente não foi esta. O direito ao meio ambiente sadio é mais do que um bem de uso comum do povo. Os direitos de natureza ambiental ensejam limitações administrativas e intervenções na propriedade precisamente quando sua preservação venha associada à utilização de bens que se encontrem no domínio privado. O que o constituinte terá pretendido dizer é que o meio ambiente constitui um bem jurídico próprio, distinto daquele sobre o qual se exerce o direito de propriedade. (...) No fundo, portanto, a referência a bem de uso comum do povo termina sendo restritiva, e não ampliativa, como seria

a separação entre direito de propriedade material sobre um bem e a dimensão ecológica deste mesmo bem.”<sup>47</sup>.

De acordo com PAULO BESSA ANTUNES, o direito ambiental é a expressão de um direito de cidadania que resulta de uma crise de legitimidade da ordem tradicional: “O movimento de cidadãos conquista espaços políticos que se materializam em leis de conteúdo, função e perspectivas bastante diversos dos conhecidos pela ordem jurídica até então.”<sup>48</sup>

Para esse autor, não se trata de um ramo autônomo do direito. Na verdade, o direito ambiental penetra todos os outros “ramos” do direito a fim de coordená-los. Por possuir o *status* de direito humano e ter um fundamento de validade diretamente constitucional, o direito ambiental impõe o respeito às suas normas aos demais setores do universo jurídico. Por tais razões, o direito ambiental não se subordina

“às regras do direito do proprietário ou do direito do patrão, (...) [nem] às regras de direitos do Estado contra a cidadania; ao contrário, são estes direitos que devem se subordinar e transformar em razão de necessidades prementes da humanidade.”<sup>49</sup>

Exigi-se um novo conceito de direito que não esteja baseado na dominialidade, mas na “participação democrática da vida da sociedade e na tomada de decisão sobre os elementos constitutivos de seu padrão de vida.”<sup>50</sup>

Da mesma forma, o francês MICHEL PRIEUR, professor da Universidade de Limoges e diretor do Centro de Direito Ambiental, ressalta que:

“Na medida em que o ambiente é a expressão de uma visão global das intenções e das relações dos seres vivos

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Rio de Janeiro: Forense, jan/mar 1992, p. 168.

<sup>48</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. Cit, p. 154.

<sup>49</sup> Id, p. 154.

<sup>50</sup> Id, p. 151.

entre eles e com seu meio, não é surpreendente que o Direito do ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Internacional) e um Direito de interações, que se encontra disperso nas várias regulamentações. Mais do que um novo ramo do Direito com seu próprio corpo de regras, o Direito do ambiente tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para os orientar num sentido ambientalista.”<sup>51</sup>.

O direito ambiental não vem apenas acrescentar um novo bem jurídico no rol dos direitos fundamentais. Há um objetivo maior de reestruturação de antigos institutos jurídicos, impondo um novo valor, ou uma nova ética a ser observada na efetivação de outros direitos. Isso ocorre porque o direito ambiental vem regular todos os aspectos da relação do ser humano com o meio que o cerca. Conforme preceitua o professor CARLOS ALBERTO CASTRO:

“(...) o Direito Ambiental desponta como o mais abrangente e penetrante ramo da ciência jurídica, *revolvendo nas profundezas todo o conjunto de institutos e valores romanísticos enraizados na ordem privada, a ponto de instabilizar sadiamente a própria arquitetura do pensamento jurídico contemporâneo.* Trata-se, porém, de um ramo das ciências sociais dotado não apenas do atributo de disciplina indutora de comportamentos individuais e coletivos, mas sobretudo de inspiração teleológica ou de finalística específica, como seja o regramento da conduta humana e das atividades industriais e econômicas a fim de preservar o meio ambiente e aprimorar a qualidade da vida.”<sup>52</sup> (grifo nosso).

---

<sup>51</sup> PRIEUR, Michel. In: CARVALHO, Cláudio Oliveira. “Meio Ambiente e Direito Ambiental: algumas questões teóricas”. *Informativo Jurídico Consulex*. v. 16, nº 2, 14 jan. 2002, p. 7.

<sup>52</sup> CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. “O direito ambiental e o novo humanismo ecológico”. *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Rio de Janeiro: Forense, jan-mar/1992, p. 66.

O direito ambiental, portanto, ao ser reconhecido como um direito fundamental pela própria Constituição, dá ensejo a essa revolução nos conceitos ‘romanísticos enraizados na ordem privada’, inclusive naqueles referentes a outros direitos também fundamentais, como o direito de propriedade. Essa influência de um direito fundamental a outro, porém, pode gerar conflitos.

Como bem se observou no primeiro capítulo do trabalho, no âmbito dos direitos humanos, os doutrinadores interpretam essa interferência ora como sucessão de gerações, que caracterizam a adaptabilidade dos direitos humanos aos anseios sociais históricos, ora a interpretam como uma forma de expansão do núcleo essencial dos direitos humanos. O fato é que ao tratar desses mesmos direitos no âmbito interno deve-se ter em conta que o ordenamento jurídico nacional é compreendido como um todo harmônico que não admite contradições, sendo indispensável estabelecer formas legítimas de se resolver os eventuais conflitos entre os direitos fundamentais. A análise vem a seguir.

## **4.2 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal adotou expressamente o Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais em seu art. 5º, § 1º. Conforme leciona PAULO GUSTAVO BRANCO:

“O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 134.

Esse dispositivo juntamente com o Princípio da Reserva Legal, estabelecido no art. 5º, II, estão intimamente ligados à questão dos conflitos internos, ou aparentes contradições que podem surgir na aplicação dos direitos fundamentais. Mostra-se necessário, então, estabelecer uma forma de harmonização entre esses direitos por meio da ponderação de seus valores no caso concreto, ou da atuação da mediação legislativa, que, uma vez autorizada pela Constituição, tem o poder de conformar direitos fundamentais.

Nesse sentido, a professora SUZANA DE TOLEDO BARROS considera que, apesar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a mediação legislativa não fica afastada, principalmente para aqueles direitos que, por serem vagos, abstratos ou abertos, precisam de uma densificação normativa que lhes assegure maior grau de efetividade. Portanto, deve-se ter em conta que:

“(...) ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despicienda a autorização constitucional para tanto, embora seja também evidente que o impulso inicial para respectiva atualização há de ser colhido já no Texto Constitucional, pois, em matéria de direitos fundamentais, o primeiro grau de concretização jurídica já é dado pelas normas superiores.”<sup>54</sup>

Ao tratar do tema, J. J. Gomes Canotilho<sup>55</sup> identifica que há um conflito entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. O autor sugere uma tipologia de conflitos dividindo-os em dois grupos: 1) colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais; e 2) colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

---

<sup>54</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 153.

<sup>55</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 643-647.

O direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade exemplificam uma possível colisão entre direitos, conforme especificado no primeiro grupo. Em relação ao segundo grupo, Canotilho adverte que o bem jurídico da comunidade, que pode gerar o conflito com um direito fundamental, deve ser de tal forma valioso que tenha merecido a tutela constitucional, por exemplo, a segurança nacional é um bem jurídico constitucionalmente tutelado que pode colidir com o direito à liberdade de consciência.

As propostas de solução dos conflitos oferecidas pelo autor também estão divididas em dois grupos. O primeiro relativo a conflitos entre direitos fundamentais suscetíveis de restrição, e o segundo relativo a conflitos entre direitos fundamentais insuscetíveis de restrição.

O domínio normativo de um direito, segundo Canotilho, é primeiramente potencial, só se tornando um domínio atual depois da averiguação das condições concretamente existentes. E nesse processo de conversão do direito *prima facie* em direito definitivo, pode surgir desde logo uma restrição legislativa, que, quando autorizada pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos.

Em relação ao segundo grupo, o autor propõe que os direitos que não estão sujeitos a restrições autorizadas constitucionalmente não podem converter-se em direitos com mais restrições que aqueles que admitem restrição. Nesse caso, a harmonização de direitos por meio da prevalência de um direito ou bem em relação a outro direito é que traria a solução do conflito. Entretanto, essa relação de prevalência só será legítima em face de circunstâncias concretas.

CANOTILHO afirma que esse juízo de ponderação e esta valoração de prevalência podem se efetuar tanto em nível legislativo (por exemplo, no caso da exclusão de ilicitude do aborto cometido em face da gravidez resultante de estupro), quanto no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (por exemplo, o adiamento de uma audiência de instrução e julgamento na eminência de um enfarte do acusado).



O autor conclui da seguinte forma:

“Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A ‘ponderação’ e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: ‘princípio da concordância prática’ (Hesse); ‘idéia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes’ (Lerche). (...)”<sup>56</sup>

Complementando a idéia de Canotilho acerca da utilização de leis limitadoras de direitos fundamentais, SUZANA BARROS alerta que não se deve confundir conformação de direitos fundamentais com restrição desses mesmos direitos por meio de normas. Vejamos:

“(...) uma lei não há de ser considerada restritiva se, objetivando aclarar o âmbito de proteção de um direito, venha expurgar uma conduta que a própria constituição, por meio de uma interpretação sistemática, repele. Do mesmo modo, a tarefa de conformação de direitos não deve ser confundida com a deliberação de limitá-los, quando o legislador impõe uma disciplina jurídica indispensável para dar conteúdo a dado direito, como no caso do mandado de segurança, da herança, do divórcio, da propriedade, etc. As fronteiras entre restrição de direitos e simples conformação da norma constitucional só podem ser demarcadas por processo de interpretação, diante, pois, de uma situação concreta,

---

<sup>56</sup> Id, p. 647.

constituindo a primeira questão a ser dirimida em sede de controle da lei tida por restritiva a direito fundamental.”<sup>57</sup>.

Acerca da segunda forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais proposta por Canotilho, qual seja a da relação de prevalência no caso concreto, SUZANA BARROS<sup>58</sup> acrescenta que tal ponderação deve ter como norte o Princípio da Proporcionalidade, em razão do caráter principiológico<sup>59</sup> das normas que contemplam os direitos fundamentais.

Portanto, o operador do direito pode utilizar os subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo para decidir no caso concreto qual direito fundamental prevalecerá sobre outro. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à análise do meio escolhido para a obtenção do resultado pretendido, o que significa que “qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.”<sup>60</sup>

O princípio da necessidade está ligado à correlação do meio mais idôneo com a menor restrição possível, ou seja, uma otimização com relação a possibilidades fáticas. Seu pressuposto é o de que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”<sup>61</sup>

Finalmente, o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito complementa os anteriores. Ele serve “para indicar se o meio utilizado

---

<sup>57</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit, p. 154.

<sup>58</sup> Id, p. 157-158.

<sup>59</sup> A referência ao caráter principiológico dos direitos fundamentais é importante apenas para lembrar que é possível existirem incompatibilidades entre princípios pertencentes ao mesmo sistema jurídico sem a necessidade da exclusão de um deles, diferentemente do que ocorre no caso das regras. Essa diferença é tratada na obra DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Third impression, Duckworth, 1981.

<sup>60</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit, p. 76.

<sup>61</sup> Id., p. 79.

encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.”<sup>62</sup> Ressalte-se que nessa tarefa de ponderação o juízo de valoração de quem analisa a medida restritiva de direito é bastante amplo. Para haver certo controle, alguns tribunais, como o alemão, têm proposto alguns critérios a serem utilizados pelo operador do direito:

“a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam;

b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave;

c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escada de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade).”<sup>63</sup>

Essa proposta não está isenta de críticas, pois parece que não resolve o decisionismo apontado por Canotilho, afinal continuará a cargo do operador do direito a discricionariedade acerca da “sensibilidade” da intromissão da norma restritiva, a quantificação do “peso” que têm os interesses gerais, da “gravidade” da interferência, assim como a atribuição de uma “escada de valores”.

Sem aprofundar muito nas críticas que podem ser levantadas sobre esse instrumental teórico de solução de conflitos sugerido pela dogmática constitucional, passa-se, em seguida, à análise da relação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental de propriedade.

---

<sup>62</sup> Id., p. 83.

<sup>63</sup> Id., p. 86.

## **4.3 DIREITO À PROPRIEDADE E DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

### **4.3.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE**

O direito de propriedade é um direito fundamental que resultou originariamente das conquistas na seara dos direitos humanos civis. Ele foi concebido em um momento histórico em que se fazia necessário afirmar o direito do indivíduo em face do Estado soberano. Assim, em sua concepção original, o direito de propriedade foi colocado como um direito essencialmente individual, absoluto e situado no âmbito do direito privado, em que o Estado tinha nenhum ou quase nenhum poder interventivo.

Na atualidade, essa caracterização não é mais possível. Primeiro porque já não cabe mais a separação entre público e privado, e segundo porque o indivíduo não mais possui poderes absolutos sobre sua propriedade como proposto inicialmente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789. Ao contrário, a propriedade só é passível de proteção se cumprir sua função social, o que descaracteriza o individualismo desse direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade é disciplinada no Código Civil de 1916 ainda em vigor. O código foi instituído com influência das idéias do Estado Liberal de Direito, e na atualidade, para manter-se válido deve ser interpretado à luz dos preceitos constitucionais.

Os tempos são outros, e os institutos jurídicos devem acompanhar as transformações sociais. Entretanto, alguns doutrinadores e magistrados ainda resistem em fazer essa interpretação constitucional do direito de propriedade, não expressamente, mas implicitamente, ao sustentarem estruturas tradicionais, como a dicotomia público/privado.

Esse ranço histórico que permeia a questão da propriedade no Brasil explica-se pelo modo como esse instituto foi introduzido no País.<sup>64</sup> Voltando um pouco para a evolução dos direitos humanos, foi dito anteriormente que os direitos civis e políticos, entre eles a propriedade privada, foram instituídos como o resultado da luta entre burgueses e senhores feudais. Em linhas bem gerais, a justificativa para se determinar a criação da propriedade privada, na teoria de Locke, foi a mistura do trabalho do homem com a terra, i.e., ao se trabalhar a terra passa-se a ser proprietário. Isso significou, na Europa, a distribuição de terras e o início do desenvolvimento capitalista. As grandes posses dos senhores feudais foram substituídas por propriedades fracionadas pelos burgueses que eram legitimadas pela produtividade.

No Brasil, existiam também grandes possuidores, que detinham esse título por concessão da coroa portuguesa (a partir das capitânicas hereditárias). Na comparação com a realidade européia pode-se dizer que esses possuidores eqüivaliam aos senhores feudais. Ocorre que nunca houve uma revolução burguesa no Brasil, com a substituição dos detentores do poder. Ao contrário, as idéias européias foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro sem que a situação fática tivesse se alterado. Simplesmente, foram promulgadas leis que transformaram os possuidores em proprietários da noite para o dia, sem a necessidade de justificar a produtividade da terra. O resultado dessa confusão jurídica é a enorme concentração de terras nas mãos de poucos, o subdesenvolvimento e a desigualdade social que persistem até os dias atuais.

Entretanto, a permanência do *status quo* não tem mais razão de ser. Com as transformações sociais ao longo do tempo, o recente processo de redemocratização brasileira e o advento da Constituição de 1988, fica difícil ignorar a evolução jurídica do instituto como resultado de clamores sociais que advêm da sociedade civil organizada em movimentos sociais.

---

<sup>64</sup> A questão da evolução do instituto da propriedade privada no Brasil foi mais bem desenvolvida pela autora do presente trabalho em sua tese de mestrado na Universidade de Edimburgo, Escócia. FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. *Property conflicts in Brazil: when Politics meets Law*, tese de mestrado defendida e aprovada em outubro de 2000 na Universidade de Edimburgo, não publicada

O reconhecimento do direito de propriedade como um direito fundamental está no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. O primeiro dispositivo garante o direito de propriedade e o segundo institui que a propriedade atenderá a sua função social. Portanto, a única propriedade protegida constitucionalmente é aquela que cumpre sua função social, sendo possível inclusive a desapropriação daquela que não cumpra (arts. 182, § 4º, e 184, CF). Outras formas de interferência na propriedade são previstas na Constituição, a saber: arts. 5º, XXIV a XXX; 170, II e III; 176, 177 e 178; 182 a 186; 191 e 222. Essa intervenção e preocupação pública com a propriedade e a participação cidadã do proprietário no sentido da autopercepção como membro de uma coletividade demonstram o fim da dicotomia público/privado.

José Afonso da Silva sugere que, na atual conjuntura jurídica, a propriedade deveria ser prevista como uma instituição da ordem econômica, e ressalta que “o art. 170 inscreve a *propriedade privada* e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III).”<sup>65</sup> A importância dessa afirmação está na relativização do conceito e do significado de propriedade, que não pode mais ser considerada como mero direito individual de caráter privado apesar de sua previsão no rol do art. 5º, “especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”<sup>66</sup>

Atento às modificações, o autor adverte que o regime jurídico da propriedade privada não é mais subordinado ao Direito Civil, mas apenas às relações civis a ela referentes. Ainda assim, as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 524, CC), a plenitude da propriedade (art. 525, CC), o caráter exclusivo e ilimitado (art. 527, CC) só podem ser considerados com “as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura do direito de propriedade em geral.”<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 262.

<sup>66</sup> Id., p. 263.

<sup>67</sup> Id., p. 265.

Ademais, o autor chama atenção para o fato de que a Constituição consagra a tese na qual a propriedade não constitui uma “instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades.”<sup>68</sup> Portanto, há diferença entre a propriedade privada, pública, urbana, rural etc. Isso é possível porque o regime da propriedade “não é uma função do Direito Civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.”<sup>69</sup> A racionalidade moderna que separa o interesse público do privado está superada.

O novo Código Civil, que entra em vigor em 11 de janeiro de 2003, incorpora esses conceitos, e passa a caracterizar a propriedade levando em consideração as conformações impostas pela Constituição Federal de 1988, acabando de vez com a idéia de direito absoluto de propriedade. As mudanças são notadas desde o *caput* do art. 1.228, tendo em vista que o legislador não prevê o direito, mas a faculdade de uso, gozo e disposição da coisa. Nos parágrafos desse artigo estão abrangidas as inovações necessárias para harmonizar o instituto com os preceitos constitucionais.

Nos parágrafos são tratados temas como a conformação do exercício da propriedade por sua finalidade econômica e social, em especial a proteção ambiental; o caráter utilitário da propriedade, e os casos de limitações e perda da propriedade (desapropriações), que acentuam a prevalência do bem coletivo sobre o individual.

Em suma, é possível perceber que a concepção histórica, liberal do direito de propriedade, tem características marcantes do antropocentrismo utilitário. A propriedade era vista como mero instrumento de satisfação de interesses individuais e afastava-se a interferência do Estado. Diferentemente, nota-se que há uma preocupação ecocêntrica ou ao menos antropocêntrica não-utilitária na nova caracterização do instituto,

---

<sup>68</sup> Id., p. 266.

<sup>69</sup> Id., p. 266.

principalmente com a introdução da proteção ambiental (do ecossistema) embutida na função social da propriedade, e em especial na definição de propriedade produtiva posta no art. 186 da Constituição. Essa inserção da preocupação ambiental na caracterização do conteúdo do direito fundamental da propriedade será analisada em seguida.

#### **4.3.2 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL**

Adotando a classificação de Canotilho, pode-se dizer que o meio ambiente é capaz de gerar os dois tipos de conflito por ele mencionados: entre direitos fundamentais ou entre esses direitos e bens da comunidade, pois o art. 225 da Constituição caracteriza o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos e também como um bem essencial à qualidade de vida. Da mesma forma as duas maneiras de se solucionar os conflitos propostas pelo autor também lhe são aplicáveis, principalmente no que diz respeito à sua confrontação com o direito de propriedade.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 5º da Constituição assegura em seu inciso XXII o direito de propriedade, e, no inciso seguinte, diz que a propriedade atenderá à sua função social. O direito ao meio ambiente saudável foi colocado no título referente à Ordem Social, o que pode dar a entender como uma referência à função social da propriedade. De fato, o art. 186, CF, ao estabelecer os requisitos da função social da propriedade rural, inclui no inciso II a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Isso demonstra que o direito fundamental de propriedade possui uma restrição legislativa constitucional, portanto legítima e capaz de orientar o aplicador da lei na solução de eventuais conflitos com o direito fundamental ao meio ambiente saudável. Cabe aqui lembrar o alerta feito pela professora Suzana Barros sobre a diferença entre leis restritivas e leis conformadoras de direitos fundamentais.



A referência constitucional à função social da propriedade visa claramente à conformação do direito de propriedade. Entretanto, a Constituição deixou a cargo do legislador infraconstitucional a tarefa de determinar o conteúdo do instituto jurídico da propriedade, que é atualmente regulado pelo Código Civil. Deve-se estar atento para o fato de que as leis não podem ilegitimamente trazer restrições a nenhum direito fundamental, e em especial ao de propriedade. Por tal motivo, faz-se necessária a análise de eventuais limitações estabelecidas em leis, para que não restrinjam, mas apenas conformem a propriedade de acordo com o que consta na Carta Magna, ou seja, apenas na medida necessária para garantir sua função social. A restrição será ilegítima quando se mostrar “desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o núcleo essencial desse direito.”<sup>70</sup>

Como bem assevera o professor GILMAR MENDES, “a afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa ponderação (...) sobre os bens e valores em questão.”<sup>71</sup>

Como foi mencionado anteriormente, na realização da ponderação entre valores relativos a direitos fundamentais propõe-se a utilização do Princípio da Proporcionalidade, e a corte alemã sugere determinados critérios específicos a serem observados no caso da propriedade:

- “a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial, objeto da proteção constitucional;
- b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;
- c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade

---

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit, p. 217.

<sup>71</sup> Id., p. 219.

recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias (...), evitando as situações traumáticas de difícil superação.”<sup>72</sup>.

É clara a tendência patrimonialista dessa proposta e a preocupação em se resguardar os interesses individuais do proprietário. Parece que o novo Código Civil observa em parte tais sugestões. Conforme analisado anteriormente, a nova lei protege o proprietário em face da interferência estatal por meio da previsão de justa indenização em caso de desapropriações ou limitações. Entretanto, o exercício do direito de propriedade resta legitimamente restringido com exigências de preservação ambiental.

No primeiro parágrafo do artigo 1.228 do novo Código Civil, fica estabelecido o modo de exercício do direito de propriedade, que deve estar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais de modo a preservar o meio ambiente. A técnica legislativa adotada foi a de especificar os elementos constituintes do meio ambiente passíveis de proteção, a saber: a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, o ar e as águas. A questão sobre a taxatividade desses elementos causa polêmica e certamente será objeto de análise jurisprudencial.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Id., p. 272. Essa mesma referência também é encontrada na obra BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit, p. 86-87.

<sup>73</sup> Novo Código Civil: Lei 10.406/02, “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. §2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. §3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. §4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. §5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

No parágrafo segundo, estabelece-se a proibição de atos que não tragam comodidade ou utilidade ao proprietário ou que sejam animados pela intenção de prejudicar outras pessoas. Percebe-se aqui um ranço de utilitarismo na concepção de propriedade privada, que ainda é vista como um meio de satisfação para seu dono. Porém, se interpretado em conformidade com o parágrafo primeiro, pode-se afastar o utilitarismo quando se tratar de preservação ambiental, ou seja, quando o ato não-utilitário, ou mesmo a omissão, for no sentido de se proteger os recursos naturais. Fica afastada a proteção da propriedade improdutiva, mas a falta de produção será legítima quando a intenção de deixar a propriedade intocada for para a proteção ambiental.

O terceiro parágrafo fala da possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social e de requisição em caso de perigo iminente. Consolidada-se, portanto, a prevalência do bem comum sobre o interesse individual.

Os parágrafos quarto e quinto tratam da usucapião especial, estipulando as hipóteses de perda da coisa e da garantia de justa indenização.

O art. 225, § 1º, da Constituição estabelece as formas para assegurar a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em linhas gerais, imputa-se ao poder público o dever de: (I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, (II) preservar a biodiversidade, (III) definir as áreas de especial proteção ambiental, (IV) exigir o estudo prévio de impacto ambiental para as obras ou atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, (V) controlar técnicas que tragam risco à qualidade de vida e ao meio ambiente, (VI) promover a educação ambiental e a conscientização pública para preservação do meio ambiente, (VII) proteger a fauna e a flora ficando vedadas as práticas que provoquem a extinção de espécies ou que submetam os animais à crueldade.

Na análise da conformação do direito fundamental de propriedade, deve-se analisar os mandamentos constitucionais e as legislações infraconstitucionais (em especial o Código Civil e as leis de proteção

ambiental). O modo como se estabeleceu os princípios constitucionais do meio ambiente, que complementam os dispositivos relativos à função social da propriedade, pode demonstrar um posicionamento tanto pelo ecocentrismo quanto pelo antropocentrismo.

A corte alemã prega que o núcleo essencial do direito de propriedade é constituído pela utilidade privada e pelo poder de disposição e, portanto, a vinculação social da propriedade, “que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade.”<sup>74</sup> Percebe-se nessa colocação o esforço em se distinguir a esfera pública da privada, valorizando-se em especial o direito individual.

Outra interpretação possível poderia ser no sentido de que a essência da propriedade está no cumprimento de sua função econômica e social, estando abrangida aí a proteção ambiental. A partir desse ponto de vista, a conclusão seria inversa no sentido de que os bens devem suprir primordialmente as necessidades do Estado ou da comunidade e apenas subsidiariamente seria considerada a utilidade privada. Essa inversão de valores assemelha-se com a plataforma dos ecologistas profundos, que pretendem a implementação, entre outras, de uma nova ordem econômica.

O art. 225 da CF fala da qualidade de vida de presentes e futuras gerações, demonstrando um certo grau de apego ao antropocentrismo não-utilitário. Entretanto, não fica afastada a possibilidade de interpretação da restrição do direito fundamental da propriedade pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado utilizando-se a ética do ecocentrismo, desde que razoável, ou seja, proporcional, no caso concreto.

Pode-se apontar uma tendência ecocêntrica, por exemplo, no inciso V, do §1º, do art. 225, CF, que proíbe atos que tragam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Não há qualificação da vida nesse

---

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit, p. 219.

inciso, podendo-se incluir na proteção qualquer ser vivo e não apenas o ser humano. Da mesma forma a proteção dos ecossistemas inserida no inciso I estabelece uma obrigação social para com os processos ecológicos, que apenas “reflexamente pode ser vinculado ao sujeito de direito homem.”<sup>75</sup>

A orientação pelo ecocentrismo também pode ser demonstrada na análise do inciso VII que protege o valor intrínseco da vida animal ao vedar as práticas que submetem os animais à crueldade. O emprego de práticas cruéis no modo como se mata o gado de corte, e.g., não tem qualquer interferência utilitária para o homem. Ao inserir esse dispositivo, pode-se claramente identificar a valorização da vida animal por ela mesma. Os antropocêntricos não-utilitários poderiam argumentar que o homem é atingido moralmente por essas práticas, então não há de se falar em valor intrínseco de vida animal, pois é o ser moral humano quem se quer proteger em última instância. O debate é legítimo.

Observe-se ainda que a ponderação de direitos fundamentais não se dá apenas no âmbito normativo, mas também dentro de um contexto, no caso concreto. Essa valoração ocorrerá quando, por exemplo, restar configurada uma colisão entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente na análise do cumprimento da função social de certa propriedade. Nesse momento, há a interação entre a prática do direito, a dogmática constitucional e os direitos humanos. No julgamento do caso concreto, o operador do direito deverá ponderar os valores envolvidos, e nesse momento os argumentos referentes à ética ambiental ser-lhe-ão de grande valia.

A título de exemplificação, volta-se a citar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no processo MS-22164/SP, rel. Min. Celso de Mello (DJ 17.11.95). Nesse julgamento foram contrapostos os direitos fundamentais da propriedade e do meio ambiente, concluindo-se pela possibilidade de desapropriação quando o imóvel rural não cumprir sua função social pela inadequação do uso dos recursos naturais.

---

<sup>75</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. Cit, p. 153.

“MANDADO DE SEGURANÇA- MS-22164 / SP

EMENTA: REFORMA AGRÁRIA - IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE - FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO À REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI N. 8.629/93, ART. 2., PAR. 2.) – OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5., LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. REFORMA AGRÁRIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) - possibilidade jurídica de expropriação de imóveis rurais nele situados, para fins de reforma agrária. - a norma inscrita no art. 225, parágrafo 4º, da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico à efetivação, pela união federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no Pantanal Mato-Grossense. A própria Constituição da República, ao impor ao poder público dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da lei fundamental. (...)”

Nesse caso concreto, por meio da ponderação dos valores envolvidos, a saber propriedade e meio ambiente, decidiu-se pela prevalência deste. Para os julgadores restou configurada a utilização inadequada dos recursos

naturais da propriedade o que deu ensejo à desapropriação do bem por descumprimento da função social.

Em outra oportunidade, no julgamento do RE 134297/SP, Min. Rel. Celso de Mello (DJ 22.09.95), o STF firmou entendimento no sentido de que quando a limitação estatal para fins de proteção ambiental afetar a função econômica da propriedade é devida a justa indenização ao proprietário.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE-134297 / SP  
E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO -  
ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL  
NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL  
(CF, ART. 225, PAR. 4.) - LIMITAÇÃO  
ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO  
ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE -  
DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO  
- DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS  
PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL  
SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO  
CONHECIDO. – Incumbe ao Poder Público o dever  
constitucional de proteger a flora e de adotar as  
necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas  
ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não  
exonera o Estado da obrigação de indenizar os  
proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em  
sua potencialidade econômica, pelas limitações  
impostas pela Administração Pública. - A proteção  
jurídica dispensada às coberturas vegetais que  
revestem as propriedades imobiliárias não impede que  
o *dominus* venha a promover, dentro dos limites  
autorizados pelo Código Florestal, o adequado e  
racional aproveitamento econômico das árvores nelas  
existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal  
Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a  
garantia constitucional que protege o direito de  
propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a  
plena indenizabilidade das matas e revestimentos  
florestais que recobrem áreas dominiais privadas  
objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições  
administrativas impostas pelo Poder Público.  
Precedentes. - A circunstância de o Estado dispor de

competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - A norma inscrita no ART.225, PAR. 4., da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no ART. 225, PAR. 4., da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental. - A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4., da Constituição. - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, *caput*).”



Nesse caso, pode-se dizer que foram aplicados os critérios de proporcionalidade sugeridos pela corte alemã. O entendimento foi no sentido de que a propriedade perde sua característica de utilidade privada ao ter limitada sua função econômica, o que dá ensejo à indenização. Protege-se o meio ambiente, mas reforça-se a idéia de que a propriedade serve acima de tudo aos interesses econômicos individuais. O impedimento da disposição dos recursos naturais pelo dono da propriedade enseja indenização compensatória. A natureza é vista como um bem de mercado sujeito à apropriação.

Nos dois exemplos citados, percebe-se que a ponderação de valores no caso concreto é realmente feita pelo aplicador do direito sem critérios rígidos, mas simplesmente por meio do senso de valores que o próprio operador tem sobre os interesses envolvidos. Explica-se. Analisando os casos apresentados, percebe-se uma lacuna na argumentação sobre a avaliação feita para aferir tanto a função econômica quanto a social da propriedade. As conclusões são juridicamente perfeitas para as premissas apresentadas, ou seja, no primeiro caso, tendo em vista que a propriedade não cumpre sua função social, cabe a desapropriação, e no segundo caso, tendo em vista que o Poder Público destituiu a função econômica da propriedade, cabe indenização ao proprietário. Ocorre que em ambos os casos não restaram claros os critérios utilizados para a construção das premissas, aqui predominam os valores preconcebidos pelos julgadores.

É importante ressaltar que a legitimidade das decisões está na argumentação utilizada pelos julgadores, em especial no STF, porque seus Ministros não advêm de planos de carreira, eles são nomeados pelo Presidente da República. Além disso, a função do direito normativo e da administração da justiça é a pacificação social que só ocorrerá plenamente quando as partes estiverem convencidas de que a decisão foi justa.

Neste ponto, percebe-se a importância da conscientização ecológica para que haja efetiva pacificação social e proteção do meio ambiente. As pessoas devem enxergar o problema ambiental como uma forma de autoproteção, identificando-se como cidadãos e não como meros consumidores da natureza. O estímulo ao senso de comunidade e o desenvolvimento de uma percepção mais holística da terra é essencial para

esse fim. Quando os proprietários percebem-se como membros de uma comunidade, torna-se mais fácil a aceitação de deveres para com o bem coletivo e mais eficaz o controle social realizado pelos cidadãos em conjunto com o Estado para garantir este bem.<sup>76</sup> A evolução no pensamento social gera mudanças no conjunto normativo e legitima decisões baseadas em argumentos em prol do ecodesenvolvimento.<sup>77</sup>

Parece que o Brasil caminha para essa meta. Ao menos o primeiro passo foi dado ao estabelecer constitucionalmente como dever do Poder Público promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, §1º, VI).

Por fim, conclui-se que as conformações em nível normativo feitas ao direito fundamental de propriedade pela atribuição de uma função social e pela nova caracterização do conteúdo do instituto da propriedade são legítimas. Conseqüentemente pode-se dizer que a interferência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no direito de propriedade nesse processo de conformação também é legítima, e que tais valores devem ser ponderados no caso concreto. Nessa tarefa de valoração, os argumentos da ética ambiental servem para legitimar as decisões. Como afirma Paulo Antunes, serão o termômetro para medir o “real grau de compromisso entre o homem e o mundo que o cerca e do qual ele é parte integrante e, sem o qual, não logrará sobreviver.”<sup>78</sup>

## 5 CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto ao longo do trabalho, é possível inferir que o direito ambiental faz parte do rol dos direitos humanos e deve ser tomado a partir de uma visão que supera o antropocentrismo utilitário,

---

<sup>76</sup> FREYFOGLE, Eric T. “Owning nature: private property, the market and environmental change in Twentieth-Century United States”. *Revista de Direito Ambiental*. ano 6, v. 22. Revista dos Tribunais, abr/jun 2001, p. 9-37.

<sup>77</sup> A questão do ecodesenvolvimento, que por si só já seria suficiente para se realizar uma nova monografia, não será aprofundada neste trabalho.

<sup>78</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. Cit.*, p. 153.

abrindo-se duas possibilidades: ética ambiental dos ecologistas profundos ou dos antropocentristas não-utilitários.

A adoção do ecocentrismo pode levar a uma nova conformação do direito de propriedade de cunho antiliberal e com uma maior preocupação com a coletividade. O reconhecimento do valor intrínseco de seres vivos diferentes dos humanos gera restrições duras ao exercício do direito de propriedade e institui mais deveres aos proprietários. A concepção de Bobbio de que os direitos humanos são heterogêneos e históricos com a construção da teoria da sucessão de gerações e o processo de multiplicação dos direitos humanos por especificação são capazes de justificar essa tese que atribui à natureza o *status* de sujeito de direito.

A adoção do antropocentrismo não-utilitário atribui deveres aos proprietários para fins de proteção ambiental, mas se trata apenas de dar um novo conceito ao direito de propriedade que inclua a preocupação ambiental sem perder o foco no ser humano. Assim, o meio ambiente é protegido até a medida em que atinja em última instância a vida humana. A natureza não tem capacidade para ser sujeito de direito, sendo mero objeto de proteção jurídica. A preservação ambiental está diretamente ligada à preservação da qualidade de vida humana. A indivisibilidade dos direitos humanos sugerida por Cançado Trindade pode sustentar esse novo contorno necessário ao conceito de propriedade. Isto porque só o homem pode ser titular de direitos humanos.

Visto a partir do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que o direito ambiental é um direito fundamental. Conclui-se também que não se trata de ramo autônomo, estanque, distinto e fechado do Direito, ao contrário, é influenciado e influencia todos os outros tradicionais ramos do Direito impondo uma visão ecológica ao ordenamento jurídico. Dessa forma, legitima-se o novo contorno dado ao direito de propriedade para incluir a proteção ambiental como forma de cumprimento de sua função social.

O grau de comprometimento com o Direito Ambiental e sua efetivação, inclusive sua força na conformação dos demais direitos

fundamentais, vão depender da vontade política influenciada pela questão econômica e do grau de conscientização (educação) ambiental da população.

O debate sobre direitos humanos e ética ambiental é importante para gerar argumentos para a solução de conflitos como o da propriedade e o meio ambiente que acontecem na realidade. O juiz, em última instância, na análise do caso concreto é quem vai realizar o direito e ponderar os princípios que envolvem os direitos fundamentais. A legitimidade da decisão que ele tomar estará baseada nos argumentos utilizados para fundamentá-la e no fato de ser convincente, ou seja, de ser capaz de pacificar o conflito em vez de perpetuá-lo por meio da indignação da parte sucumbente. E aí outro fator é de extrema importância, o contexto histórico e social do qual surgiu o conflito e o grau de conscientização da comunidade envolvida.

Nas soluções dos conflitos parece que ainda não é possível um magistrado posicionar-se pelo ecocentrismo, porque o público ainda não está preparado para receber esse tipo de discurso, e seus argumentos caíram no vazio, gerando mais conflito em vez de pacificação social. O grau de conscientização ambiental da população brasileira ainda é pequeno, e isso decorre principalmente por causa da miséria.

No Brasil da atualidade, percebemos que ainda há um longo caminho pela frente para que se possa afirmar que existe uma verdadeira consciência ecológica sopesando as decisões. Na verdade, não há como se defender um direito que tem como titular a natureza se o grau de desenvolvimento do País ainda não atingiu um patamar suficiente para suprir ao menos as necessidades básicas da população. A distribuição da renda e dos fatores de produção é extremamente desigual, dificultando a inserção de um comando legal que exija que o proprietário que precisa de cultivar a terra para sobreviver reserve parte dela intocável, sem produzir com argumentos de proteção dos recursos naturais. O direito ao desenvolvimento vem, então, compor o direito ao meio ambiente saudável, sendo impossível falar de um sem considerar o outro.

Com os princípios ambientais adotados na Constituição de 1988 já é possível identificar um avanço e mesmo no caso concreto é totalmente viável

um tipo de argumentação que proteja o meio ambiente eficazmente, mas para haver convencimento o foco inevitavelmente será o benefício humano. Parece que o modelo utilitário de se pensar o meio ambiente está realmente ultrapassado, e isso é de fácil constatação na análise da evolução legislativa sobre o meio ambiente. A boa nova que é trazida pela plataforma ecocentrista é o valor a-histórico, transcendental do meio ambiente, ou seja, que o meio ambiente deve ser protegido por ele mesmo, e que ele está vinculado à humanidade e não à utilidade humana em determinado momento histórico.

Acontece que a evolução da ética ambiental não será suficiente se ela não traduzir verdadeiramente um anseio social. A Constituição tem, sem dúvida, força normativa, mas não pode ir de encontro aos fatores reais de poder. Nesse embate, percebe-se que a educação ambiental, que está inclusive positivada na Constituição, tem um papel essencial, e, por isso, é uma das maiores preocupações dos ecologistas profundos.

Conclui-se, por fim, que na medida em que se vai alcançando um maior desenvolvimento e um maior grau de consciência ambiental, por meio da implementação das metas constitucionais, a proteção ao meio ambiente vai se tornando uma realidade baseada em um discurso legítimo. Para tanto, os argumentos utilizados ao longo do trabalho em defesa do meio ambiente são de importância fundamental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANTUNES, Paulo de Bessa. “Existe um Direito Ambiental?” *Revista da Procuradoria-Geral da República*. nº 3. abr/mai/jun 1993.
2. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
3. BARROSO, Luís Roberto. “A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Rio de Janeiro: Forense, jan/mar 1992.

4. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
5. BOSSELMANN, Klaus. “Human rights and the environment: the search for common ground”. *Revista de Direito Ambiental*. nº 23, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2001.
6. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (editor). *Derechos humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment / Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*. (Seminário de Brasília de 1992). Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). San José de Costa Rica / Brasília, Brasil, 1992.
7. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.
8. CARVALHO, Cláudio Oliveira. “Meio Ambiente e Direito Ambiental: algumas questões teóricas”. *Informativo Jurídico Consulex*. v. 16, nº 2, 14 jan. 2002.
9. CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. “O Direito Ambiental e o novo humanismo ecológico”. *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Rio de Janeiro: Forense, jan-mar/1992.
10. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Third impression, Duckworth, 1981.
11. FREYFOGLE, Eric T. “Owning nature: private property, the market and environmental change in Twentieth-Century United States”. *Revista de Direito Ambiental*. ano 6, v. 22. Revista dos Tribunais, abr/jun 2001.

12. FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. *Property conflicts in Brazil: when Politics meets Law*, tese de mestrado defendida e aprovada em 2000 na Universidade de Edimburgo, não publicada.
13. KATZ, Eric. “Against the inevitability of anthropocentrism”. In: KATZ, Eric; LIGHT, Andrew; and ROTHENBERG, David (org.). *Beneath the Surface: critical essays in the Philosophy of Deep Ecology*. Cambridge, Massachusetts, London: MIT Press, 2000.
14. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
15. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
16. NAESS, Arne. “The deep ecological movement: some philosophical aspects”. In: ZIMMERMAN, Michael (org.). *Environmental Phylosophy*. New Jersey: Prentice Hall, 1998.
17. PEPPER, David. *Ambientalismo moderno*. Coleção perspectivas ecológicas, nº 29, Trad.: Carla Lopes Silva Correia. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1996.
18. SANTOS, Roberto. “Ética Ambiental e funções do Direito Ambiental”. *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, nº 6. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, jul/dez 2000.
19. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.
20. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
21. ZIMMERMAN, Michael (org.). *Environmental Phylosophy*. New Jersey: Prentice Hall, 1998.

# RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO\*

**Flávia Oliveira Tavares**

Aluna da Fundação Escola Superior do  
Ministério Público do Distrito Federal  
e Territórios

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a responsabilidade do Estado por danos causados por omissão no âmbito administrativo, um tema bastante discutido nos dias de hoje, em virtude de grande preocupação com a proteção dos direitos do cidadão, de forma a garanti-los perante o “todo poderoso” Poder Público.

A doutrina tem debatido acerca da possibilidade de responsabilização do Estado-legislador e do Estado-juíz, no entanto, a proposta deste estudo se restringe-se às hipóteses de responsabilidade do Estado-administração, mormente nos casos de omissão.

O que pode parecer um paradoxo – a responsabilização de um Estado aparentemente onipotente, uma vez que ele mesmo dita as leis – foi um problema enfrentado logo nos primórdios do surgimento do ente estatal, que era, a princípio, irresponsável pelos seus atos, até chegar ao estágio atual da responsabilidade fundada no risco administrativo. A análise dessas fases será a primeira parte da monografia, dando-se maior ênfase às teorias do acidente administrativo e do risco administrativo, visto que são as concepções mais utilizadas atualmente.

Posteriormente, tratar-se-á da evolução do tratamento constitucional dispensado à responsabilidade do Estado no Brasil.

---

\* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a Orientação do Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho.



Outrossim, serão abordadas as diversas posições doutrinárias acerca da responsabilidade do Estado por omissão, assunto bastante controverso entre nossos autores. Enquanto a responsabilidade por condutas comissivas do Estado é objetiva, de acordo com o previsto em nossas Constituições desde 1946, a corrente predominante preconiza que se deve adotar a responsabilidade fundada em acidente administrativo para o ressarcimento dos danos propiciados pela omissão estatal. Assim, serão explanadas as razões trazidas por alguns autores, na defesa de uma ou de outra posição.

A última parte do estudo destina-se à apreciação de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, uma vez que a esta Corte é reservada a última palavra na interpretação do Texto Constitucional. Observa-se que, tradicionalmente, o Tribunal acolhe a orientação da doutrina predominante, mas há importantes decisões que denotam uma mudança de posicionamento, conforme será demonstrado.

As maiores dificuldades na realização do presente trabalho, não obstante a farta doutrina a respeito do assunto, residiu no fato de que muitos autores tendem a repetir uns aos outros, apreciando os mesmos pontos, sem que haja o lançamento de idéias novas, sobretudo no que é concernente às diversas teorias existentes sobre a responsabilidade do Estado. A doutrina estrangeira não foi de muita valia, uma vez que o sistema brasileiro mostra-se bastante distinto dos sistemas de outros países. A contribuição mais importante foi dada pelos autores que discordam da doutrina majoritária. No entanto, como as obras desses autores são bastante recentes, carecem de um maior aprofundamento.

Assim, o objetivo do estudo é cuidar da responsabilidade do Estado em suas condutas omissivas no âmbito administrativo, abordando o tema sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

## **1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Como todas as teorias jurídicas, a responsabilidade civil do Estado apresentou-se sob diferentes vertentes conceituais, que se sucederam lentamente até atingir o estágio atual da responsabilidade objetiva.

A idéia de responsabilidade estatal está intimamente ligada à noção de Estado de Direito, muito embora, nos primórdios da criação dos Estados modernos, tenha predominado a teoria da irresponsabilidade. Como lembra Fausto de Quadros, a “Democracia e o Estado de Direito assentam em um triângulo que exprime a própria essência do regime democrático: trata-se da necessária convivência, em termos de recíproca interdependência, dos valores da Liberdade, da Autoridade (ou do Poder) e da Responsabilidade”. E continua: “quem se serve da Liberdade responde pelos excessos que comete; mas também quem usa da Autoridade é responsabilizado por usar dela”.<sup>1</sup>

O autor faz uma boa síntese da importância da responsabilização estatal para o aperfeiçoamento da Democracia. Se o Estado existe em razão do primado da lei, nada mais lógico que também esteja submetido ao ordenamento que ele mesmo impõe.

Mas isso nem sempre foi entendido de maneira uniforme no decorrer da evolução do conceito de Estado.

Pode-se dividir o estudo da responsabilidade estatal em três fases, a saber:

- período de irresponsabilidade do Estado;
- período civilista de responsabilidade do Estado;
- período publicista de responsabilidade do Estado.

## **1.1 PERÍODO DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO**

O Estado, como ente soberano, não poderia estar submetido à possibilidade de ser responsabilizado por seus atos, ainda que lesivos ao direito dos seus súditos. Essa foi a idéia inicial na evolução das teorias da responsabilidade estatal e está estritamente relacionada com a noção dos Estados autocratas e absolutistas.

---

<sup>1</sup> In: *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, p. 9.

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, autora portuguesa, exprime essa noção da seguinte forma:

“Se tal solução aparecia como um corolário da soberania do Estado e poderia ser aceitável na medida em que o Estado liberal se caracterizava por um reduzido intervencionismo na vida social e econômica, com o inevitável incremento daquela intervenção e a crescente complexidade das suas funções, multiplicaram-se as ocasiões propícias e as atividades suscetíveis de causar danos aos particulares. Conseqüentemente, a solução inicial deixa de se afigurar como aceitável do ponto de vista social”.<sup>2</sup>

Na Inglaterra<sup>3</sup> – que foi um dos últimos redutos a acolher a responsabilidade do Estado, o que só ocorreu em 1946 – a irresponsabilidade estatal justificava-se na máxima “*The king can do no wrong*”, que alude à infalibilidade do monarca. Na França, havia uma assertiva similar: “*La roi ne peut pas mal faire*”.

A razão de tal onipotência residia no fato de que, em geral, o poder régio era resultante da Providência divina, assim, não haveria como responsabilizar aquele que fora inspirado por Deus. Se, eventualmente, houvesse um dano, esse decorreria do exercício regular de seu poder, daí a impossibilidade de responsabilização. O Direito era o que o monarca dizia. Conforme leciona Yussef Said Cahali, a irresponsabilidade do Estado era entendida como um axioma, cuja legitimidade não era questionada.<sup>4</sup>

Como assevera Aparecida Vendramel, lastreada em René David, em sua obra monográfica “Responsabilidade Extracontratual do Estado”,<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> In: *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, p. 55.

<sup>3</sup> A Inglaterra admitiu a possibilidade de responsabilização do Estado em 1947, com o *Crown Proceeding Act*, e os Estados Unidos em 1946, por meio do *Federal Tort Claim Act*. O autor português Luiz Barbosa Rodrigues aponta que a Espanha também abandonou a teoria da irresponsabilidade do Estado tardiamente, o que veio a ocorrer só em 1954, por meio da Lei de Expropriação Forçada.

<sup>4</sup> In: *Responsabilidade civil do Estado*, p. 18.

<sup>5</sup> In: *Responsabilidade extracontratual do Estado*, p. 26.

o Direito deste período não visava a limitar o poder do soberano, e sim, a garanti-lo.

João Francisco Sauwen Filho<sup>6</sup> arrola alguns pontos que sustentavam a teoria da irresponsabilidade do Estado, a seguir resumidos:

- a) A finalidade do Estado é o bem-estar do cidadão. Desta forma, qualquer ato praticado pelos seus agentes visa, unicamente, a atender a este objetivo.
- b) Como o Estado é uma ficção, uma pessoa moral – como é tratado no Direito Português – não há como imputar a ele culpa ou dolo, uma vez que lhe falta o elemento psicológico-normativo.
- c) Não é razoável que o Estado aplique uma lei contrária a si mesmo.
- d) O agente, quando atua fora dos limites da lei, deve responder pessoalmente, uma vez que ele só age em nome do Estado se estiver dentro dos parâmetros legais.
- e) Quem responde pela escolha dos agentes estatais é a autoridade competente para a nomeação. O Estado, dessa forma, não pode responder pela culpa *in eligendo* em relação aos seus agentes.

Todos esses argumentos primam pela sua fragilidade e são facilmente refutáveis.

Quanto ao primeiro ponto, o Estado, certamente, busca o bem-estar de seus súditos. No entanto, alguns de seus atos podem trazer um sacrifício desproporcional ao cidadão, não obstante objetivar uma finalidade de interesse público. Na verdade, o fim do Estado é proteger o cidadão, até mesmo contra os atos estatais lesivos aos seus súditos, sejam eles lícitos ou ilícitos. Em outras palavras, o próprio Estado está submetido às leis protetivas que impõe aos administrados.

---

<sup>6</sup> In: *Da responsabilidade civil do Estado*, p. 42-46.

Acerca do segundo argumento, há uma inversão de premissa. É certo que o Estado é uma pessoa jurídica, mas isso não pode levar à conclusão de que ele seria irresponsável. O Estado tem existência e pratica atos por intermédio de seus agentes. Logo, pode ser responsabilizado pelos atos que eles pratiquem.

O terceiro argumento também não pode ser acolhido. O Estado de Direito funda-se no princípio da legalidade, ou seja, o próprio Estado também estaria subordinado às leis que dele provêm, assim como seus cidadãos.

Quanto à quarta assertiva, também não pode ser aceita, uma vez que, pela teoria da aparência, os agentes estatais, mesmo quando atuam fora dos limites legais, agem em nome do Estado. Logo, esse também pode ser responsabilizado pelos atos daqueles que o representam.

O quinto argumento não procede, já que a autoridade que escolhe os agentes estatais exerce uma prerrogativa inerente ao próprio Estado, que, por ser ente abstrato, não o poderia fazer. Desta forma, a autoridade seria o “meio” pelo qual o Estado manifestaria sua vontade.

Analisando-se estes contra-argumentos à irresponsabilidade do Estado, vislumbra-se a fragilidade desta teoria, que não tem mais guarida nos ordenamentos jurídicos modernos. Mesmo assim, os países anglo-saxões, onde o Direito Administrativo apresenta características bastante diferenciadas em relação aos sistemas dos países da Europa Continental, e a Espanha relutaram em adotar a responsabilidade do Estado, o que só ocorreu em meados do séc. XIX.

## **1.2 PERÍODO DA TEORIA CIVILISTA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

No séc. XIX, exsurge a possibilidade de responsabilização do Estado, desde que comprovado o elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou a culpa (culpa *lato sensu*) do agente público.

Essa concepção estava ligada intrinsecamente ao Direito Privado e teve origem no Direito Francês, com fulcro na revolução legislativa e doutrinária representada pelo Código Civil de Napoleão.

A culpa a ser verificada, certamente, está relacionada à atuação do agente estatal, uma vez que o Estado, ente abstrato, não possui vontade.

Os três elementos necessários à caracterização da responsabilidade do Estado são:

- a) conduta dolosa ou culposa do agente estatal;
- b) dano ao administrado;
- c) nexó de causalidade entre a conduta e o dano.

Essa teoria apresenta alguns problemas. O primeiro diz respeito à dificuldade de se individualizar o causador do dano, o que é de suma importância, uma vez que será necessário comprovar o elemento subjetivo desse agente. O outro problema reside na prova da culpa, afinal, descobrir a motivação do agente no momento em que praticou o ato danoso é praticamente impossível se este não expressou sua vontade deliberada para esse fim (dolo) ou não tomou as cautelas necessárias ao agir (culpa).<sup>7</sup>

Nas palavras de João FRANCISCO SAUWEN FILHO,

“a corrente que sustenta a concepção subjetiva da responsabilidade civil do Estado encontra na dificuldade de caracterização da culpa autorizadora do dever jurídico do Estado indenizar os danos causados por sua Administração o seu elo mais fraco. Assim, o fundamento dessa posição doutrinária é exatamente o

---

<sup>7</sup> Ao contrário do Direito Administrativo, no qual a tendência foi a abolição da responsabilidade subjetiva, o Direito Penal funda-se no elemento volitivo do agente e prega a proscrição da responsabilidade objetiva. No entanto, esse ramo do Direito é considerado *ultima ratio* e é regido pelo princípio da fragmentariedade, ou seja, só deve ser aplicado como último recurso. Assim, no Direito Penal, a dificuldade em se comprovar a culpa do agente se convola em uma garantia para o cidadão, contrariamente ao Direito Administrativo, no qual a prova do elemento subjetivo acabaria por prejudicá-lo.

elemento subjetivo e, por isso mesmo, vago e impreciso, não dando margem a uma segura conclusão”.<sup>8</sup>

Para HELY LOPES MEIRELLES,

“não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade”.<sup>9</sup>

Essas dificuldades apresentadas para a prova da culpa causavam grande transtorno ao cidadão lesado, que, raramente, conseguia obter reparação para o dano. Em decorrência disso, fez-se necessária a adoção de uma nova teoria, na qual a questão da indagação da culpa do agente estatal seria superada. Nesse contexto, surgem as teorias objetivas da responsabilidade do Estado.

### 1.3 SISTEMA MISTO

Antes de tratar da fase objetiva da responsabilização do Estado, deve-se fazer menção ao sistema eclético, que dividia os tipos de atos praticados pelos agentes estatais, de forma a estabelecer se haveria reparabilidade do dano por eles causado.

Os atos praticados pela administração são divididos em atos de império e atos de gestão. No primeiro, o Estado atua de forma soberana, impondo sua vontade ao administrado. Há a supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, não haveria reparação do dano advindo desse ato, uma vez que o Estado atuaria no exercício de sua função primordial. Já nos atos de

---

<sup>8</sup> Op. Cit, p. 61.

<sup>9</sup> *In: Direito Administrativo Brasileiro*, p. 561.

gestão, o Estado atua em condições de igualdade com o particular. É uma relação de direito privado, logo, ensejaria a responsabilização do Estado com fundamento na teoria privatística da responsabilidade civil.

Como leciona o professor CAIO MÁRIO, “o Estado soberano colocava-se fora do Direito civil; somente o Estado empresa a ele estaria sujeito”<sup>10</sup>.

Essa teoria é incipiente, pois grande parte dos atos praticados pelo Estado é imperativa, e, por isso mesmo, mais propensa a causar danos aos particulares. Não obstante isso, a teoria deixava os referidos atos impunes. De qualquer forma, significou um avanço, visto que representava um distanciamento da doutrina da irresponsabilidade estatal.

#### **1.4 PERÍODO DAS TEORIAS PUBLICISTAS DE RESPONSABILIDADE**

Em decorrência das dificuldades apresentadas pela adoção da teoria civilista de responsabilidade estatal, fez-se necessário elidir o elemento subjetivo do causador do dano para que se viabilizasse a sua reparação. Destarte, surgem as teorias publicistas de responsabilidade, que, embora diverjam em alguns pontos, abstraem a culpa do agente estatal.

O marco histórico da concepção publicista de responsabilidade estatal deu-se com o notório “Caso Blanco”, ocorrido na França e julgado no Conselho de Estado Francês.<sup>11</sup> A partir deste julgamento, a responsabilidade estatal recebeu tratamento diverso ao conferido à responsabilidade civil.

As teorias publicistas (ou, como enunciam alguns autores, teorias objetivas, que não parece ser uma denominação correta, uma vez que só a

---

<sup>10</sup> *In: Responsabilidade Civil*, p. 128.

<sup>11</sup> O “Caso Blanco” foi julgado em 1873. A menina Agnes Blanco foi atropelada por um vagão de uma empresa de tabaco. Decidiu-se que a jurisdição em que deveria ser processada a ação de indenização era a do contencioso administrativo, uma vez que se tratava de mau funcionamento do serviço público. Assim, firmou-se o entendimento de que a responsabilidade do Estado não se regeria pelas regras do Direito Civil, e sim pelos ditames do Direito Público.



teoria do risco seria inteiramente objetiva) também sofreram modificações e podem ser divididas em:

- teoria da culpa administrativa ou da *faute du service* ou teoria do acidente administrativo (Celso Antônio discorda que essa doutrina seja exemplo de responsabilidade objetiva, conforme será explanado a seguir);

- teorias do risco, que podem ser:

- do risco integral;
- do risco administrativo.

#### **1.4.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SEUS FUNDAMENTOS**

Para se compreender por que autores como Celso Antônio de Mello não arrolam a teoria do acidente administrativo como modalidade de responsabilidade objetiva, deve-se abordar alguns pontos que diferenciam a concepção subjetiva da concepção objetiva da responsabilidade.

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a responsabilidade objetiva “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.”<sup>12</sup>

Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, há a verificação de três elementos:

- a) ação ou omissão do agente estatal;
- b) dano causado ao administrado;
- c) nexó causal entre a atuação do Estado e esse dano.

---

<sup>12</sup> Op. Cit., p. 607.

Assim, prescinde-se da verificação do elemento culpa.

Um ponto que deve ser destacado é que, diferentemente da responsabilidade fundada na culpa, a responsabilidade objetiva também incide sobre atos lícitos. É cediço que a Administração atua balizada no princípio da legalidade. Mesmo atuando dentro dos limites legais, o Estado pode causar danos ao particular, que serão indenizáveis. Daí a grande contribuição da doutrina objetiva da responsabilidade civil do Estado. Em suma, houve uma migração da responsabilidade baseada na culpa para a responsabilidade fundada no dano.

Além de não diferenciar os atos legítimos dos ilegítimos, as teorias objetivas da responsabilidade também não distinguem os danos decorrentes dos atos de império ou de gestão, como faziam os sistemas mistos supracitados.

O fundamento da responsabilidade objetiva é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais ou da solidariedade social, ou seja, o prejuízo sofrido por um cidadão deve ser suportado por todos, inclusive pelo próprio lesado. Nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA,

“quando uma pessoa sofre um ônus maior que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais, para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público”.<sup>13</sup>

Para CAIO TÁCITO, “tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atenda ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> In: Direito Administrativo, p. 504.

<sup>14</sup> In: Temas de Direito Público, p. 567.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO divide os fundamentos da responsabilidade objetiva de acordo com o ato que ensejou o prejuízo ao particular. O fundamento para a responsabilidade por atos ilícitos é o princípio da legalidade, uma vez que não pode o Estado atuar fora dos limites legais. Assim, o Estado responderá pelos danos decorrentes de sua atuação ilegal. Já a responsabilidade por ato ilícito decorre do princípio da isonomia, ou seja,

“o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos”.<sup>15</sup>

LEON DUGUIT, o precursor da teoria do risco administrativo, dizia que a responsabilidade do Estado assemelhar-se-ia a um “seguro social suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”.<sup>16</sup>

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR manifesta-se de forma semelhante:

“A teoria do risco, baseada no seguro e no equilíbrio econômico, envolvendo a idéia de justiça distributiva, considera o Estado como uma extraordinária companhia de seguros, cujos segurados são os contribuintes que cooperam para a formação de um patrimônio coletivo.

A atividade do Estado, cada dia maior, pressupõe um risco que deve ser corrido, mas que é inerente ao exercício daquela atividade. O risco, no caso, é o que se verifica em qualquer empresa de proporções gigantescas, caracterizando-se por ser integral. O risco pressupõe o dano. O dano implica indenização”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> In: Curso de Direito Administrativo.p. 608.

<sup>16</sup> *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. p.132.

<sup>17</sup> Op. Cit, p. 69-70.

## **1.4.2 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA OU DA *FAUTE DU SERVICE***

Embora o nome da teoria refira-se à culpa da Administração, não se averigua a existência desta para a caracterização da responsabilidade do Estado. A culpa mencionada corresponde à falha (ou falta) do serviço público. Esse é um dado objetivo, e não subjetivo. Como é a doutrina de transição entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, os juristas ainda não conseguiram se afastar do caráter civilista da reparação do dano.

O professor YUSSEF SAID CAHALI assim explica essa teoria:

“A teoria da culpa administrativa e a pretensa teoria conciliatória do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público guardam resquícios da teoria civilística da responsabilidade do Estado; o que as caracteriza é a transposição da noção de culpa para o terreno publicístico, identificando na falta anônima do serviço a causa do dano reparável.

O que caracteriza a teoria publicística é a despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”.<sup>18</sup>

SÉRGIO CAVALIERI FILHO manifesta-se da seguinte forma sobre essa teoria:

“De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados

---

<sup>18</sup> Op. Cit, p. 33.

tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado”.<sup>19</sup>

Vale ressaltar, por oportuno, a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>20</sup> que postula o caráter subjetivista da teoria da culpa administrativa. Aponta que diversos autores consideram essa teoria como um exemplo de responsabilidade objetiva. Para o autor, esse equívoco deve-se a uma tradução errada do vocábulo francês “*faute*”, que não significa “falta”, e sim, “culpa”. Outra razão para o engano, segundo o administrativista, residiria no fato de que, para a aplicação da teoria da culpa administrativa, seria necessária a presunção da culpa, “ante a extrema dificuldade (às vezes, intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos”. Assim, não haveria prova da culpa. Por outro lado, se o Estado provar sua prudência, perícia e diligência, fica elidida a responsabilidade, o que não ocorreria se esta fosse objetiva.

A idéia basilar dessa concepção era que o Estado é culpado pela falta do serviço. Assim, deveria ser responsabilizado.

Nessa teoria, de origem francesa, o dado objetivo a justificar a responsabilidade estatal é o acidente administrativo. Esse verificar-se-ia em três hipóteses, de acordo com a lição de JOÃO FRANCISCO SAUWEN FILHO,<sup>21</sup> baseado em Paul Duez:

- a) quando o serviço público não funciona ou não existe, havendo o dever estatal de que ele funcionasse e existisse;
- b) quando ocorre mau funcionamento do serviço público;

---

<sup>19</sup> In: Programa de Responsabilidade Civil, p. 184.

<sup>20</sup> Op. Cit, p. 606.

<sup>21</sup> Op. Cit, p. 68.

c) quando o serviço funciona com atraso.

Destarte, uma vez verificado qualquer um desses acidentes administrativos, que causam um dano ao particular, haverá o dever de indenizar por parte do Estado.

A finalidade da teoria é desvincular a culpa do funcionário, que sempre foi utilizada como parâmetro para a teoria subjetiva, da culpa do Estado, denominada por MARIA SYLVIA ZANELLA, de “*culpa anônima do serviço público*”.<sup>22</sup>

Essa teoria também mostrava-se insatisfatória, pois trabalhava com a idéia de culpa presumida da Administração, admitindo-se prova em contrário, como aponta o professor Celso Antônio, e porque só configuraria a responsabilidade estatal nos casos de atos ilícitos. Daí a necessidade de se criar uma teoria mais abrangente para que a responsabilização do Estado fosse mais efetiva.

### 1.4.3 TEORIAS DO RISCO

As teorias do risco representam o maior grau de objetividade no estudo da responsabilidade civil do Estado.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS VELLOSO manifesta-se acerca do tema da seguinte forma:

“Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e ato de agente público (...)”.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Op. Cit, p. 504.

<sup>23</sup> In : Temas de Direito Público, p. 462.

Nesse excerto, o autor assinala o principal ponto de distinção entre essa teoria e a teoria da falta do serviço: no âmbito da teoria do risco administrativo, não importa como funcionou o serviço, e sim, que o dano causado tenha se originado dele.

Baseia-se na idéia de que aquele que pratica determinado empreendimento está assumindo, automaticamente, a responsabilidade pelos riscos decorrentes deste.

“Destarte, aquele que tem os proveitos de uma determinada empresa, irrelevantes ou consideráveis, deve arcar com os prejuízos decorrentes do processo empregado. Pouco importa que tenha tomado as precauções para evitar danos a outrem. Se o acidente é inevitável, é sinal evidente de que ele, por si só, constitui-se em um risco inerente à empresa, risco esse que deve ser levado à conta daquele a quem a empresa aproveitou ou aproveitaria”.<sup>24</sup>

O insigne professor Hely Lopes Meirelles divide a teoria do risco em duas vertentes, a saber:

a) Teoria do Risco Integral – o Estado seria compelido a compor o dano em qualquer hipótese, mesmo nos casos de culpa concorrente da vítima.

b) Teoria do Risco Administrativo – é uma concepção atenuada em relação à teoria do risco integral, uma vez que se levam em conta as excludentes da responsabilidade, como a culpa da vítima, de terceiros ou a força maior.

Alguns autores, como Yussef Said Cahali e Caio Mário da Silva Pereira, apontam que essa distinção não se justifica, uma vez que mesmo os seguidores da teoria do risco integral admitem a incidência das excludentes de responsabilidade.

---

<sup>24</sup> SAUWEN FILHO, João Francisco. Op. Cit, p. 69.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL<sup>25</sup>

Em nosso Direito, pode-se dizer que não houve a aplicação da teoria da irresponsabilidade do Estado. Antes do Brasil Império, o País era regido pelas normas portuguesas. Em nossa primeira Constituição, de 1824, já estava insculpido a possibilidade de o cidadão requerer indenização pelos danos causados por atos lesivos do Estado. Porém, devem-se apontar três aspectos da responsabilidade vigente neste período: primeiro, a responsabilidade recaía, tão-somente, sobre os agentes estatais; segundo, o Imperador não estava sujeito à responsabilização; e terceiro, a responsabilidade era subjetiva. Ademais, visando a resguardar o Império, o julgamento das ações de indenização era realizado no âmbito administrativo.

Embora houvesse a preocupação de desvincular o Estado da atuação de seus agentes, a responsabilidade dos funcionários, na verdade, implicava a responsabilidade do próprio Estado, uma vez que aqueles agiam em nome deste.

A responsabilidade subjetiva manteve-se na primeira Constituição Republicana e está presente no art. 15 do Código Civil.

A Constituição de 1934 trouxe uma novidade: a responsabilidade seria solidária entre o Estado e o agente estatal. O lesado poderia pleitear a reparação do dano tanto de um quanto do outro. A mesma orientação esteve presente na Constituição de 1937.

O fim do ciclo da responsabilidade subjetiva do Estado deu-se com a Carta Constitucional de 1946, que, em seu art. 194, adotava a teoria do

---

<sup>25</sup> Como ressalta o professor lusitano Fausto de Quadros (Op. Cit.), países como Itália e Alemanha ainda dispensam tratamento de Direito Civil à responsabilidade estatal. Por outro lado, França e Portugal conferiram um tratamento de Direito Público ao tema. Na França, o trabalho jurisprudencial tem sido de suma importância para esse estudo, sobretudo nos casos de transmissão do vírus da AIDS por meio de transfusão de sangue. No entanto, a teoria do risco só é aplicada em casos de riscos “especialmente graves”, logo, é utilizada excepcionalmente. Já em Portugal, a responsabilização do Estado pelos Tribunais é muito rara, não obstante a existência de diversos diplomas legais disciplinando a matéria, de forma bastante minuciosa. Espanha e Alemanha são os países em que se desenvolveram os mais avançados estudos sobre o tema da responsabilidade do Estado. Ambos admitem a responsabilidade por fatos lícitos.



risco administrativo. Dessa forma, nosso Direito não conheceu a teoria da culpa administrativa. A Constituição de 1964 e a Emenda Constitucional de 1967 também seguiram a mesma concepção de responsabilidade estatal.

A Constituição de 1988 inovou ao incluir a possibilidade de responsabilização dos particulares que prestam serviços públicos sob a forma de delegação. Eis o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal:

“§6º As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo e culpa”.

Assim, nosso ordenamento, ao tratar da responsabilidade do Estado, apresenta um viés publicístico, consoante esposado no dispositivo retromencionado. Outrossim, a responsabilidade estatal não está restrita ao texto legal, uma vez que a jurisprudência pátria, em muitas decisões, tem condenado o Estado a ressarcir os danos causados aos cidadãos. Aliás, pode-se dizer que, no Brasil, o estudo e a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva encontram-se em um estágio bastante avançado, se considerados perante os sistemas jurídicos estrangeiros.<sup>26</sup>

Embora a adoção da doutrina da responsabilidade objetiva do Estado em nosso ordenamento seja evidente, há muita discussão acerca da aplicação dessa teoria no caso de omissão do Estado.

### **3 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO**

O grande ponto de divergência na doutrina acerca da responsabilidade do Estado reside nos casos em que o dano decorre de uma inação estatal. Há aqueles que defendem a aplicação da teoria

---

<sup>26</sup> QUADROS, Fausto de. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

subjetiva para esses casos, contrariando a regra do nosso ordenamento, e os que adotam a teoria objetiva da responsabilidade estatal.

O professor português Fausto de Quadros<sup>27</sup> faz uma inferência interessante a respeito do tema, sem se posicionar, no entanto. Desenvolvendo sua idéia, pode-se estabelecer uma diferença prática na adoção de uma ou outra teoria. O exemplo que o autor cita é de um buraco na estrada, provocado pelas intempéries. Se o buraco é recente e vem a provocar um acidente, o Estado só será responsabilizado se for adotada a teoria do risco. Não importa se o Estado tomou ou não conhecimento do defeito na estrada. Afinal, o Estado assume o risco de manter suas estradas sempre em boas condições de utilização. Caso se adote a teoria subjetiva, o Estado só será responsabilizado se o buraco for de conhecimento da Administração, que não vem a tomar providências. Isso demonstra o comportamento negligente por parte dos agentes estatais, que justificaria a reparação do dano com fundamento na culpa.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, inspirado em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e contrariando a regra da responsabilidade objetiva, defende que a omissão do Estado deve ser tratada no âmbito da responsabilidade subjetiva. Mas, como o próprio autor ressalta, sua posição visa a atender os ditames do Estado Democrático de Direito, independentemente da disposição constitucional. Ele se manifesta da seguinte forma:

“Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais – exige o discrímen de três situações distintas, a saber:

a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado.

---

<sup>27</sup> idem, p. 14.

b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o poder público tinha o dever de evitar. É a hipótese da ‘falta de serviço’, nas modalidades em que o ‘serviço não funcionou’ ou ‘funcionou tardiamente’, ou ainda, funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui apenas de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano.

c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses, pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação”.<sup>28</sup>

Até mesmo pela análise das palavras destacadas pelo autor no excerto supramencionado, inferem-se os pontos que demarcam as diferenças de sua orientação. Ao estudo desenvolvido no presente trabalho, só interessa a análise da situação descrita na letra “b” citada acima, visto que trata dos danos ensejados pela omissão estatal.

Primeiramente, sua posição é baseada em princípios gerais, e não no Direito Positivado.<sup>29</sup> Isso é muito importante, uma vez que não há previsão legal da adoção da responsabilidade subjetiva para os danos

---

<sup>28</sup> Op. Cit, p. 611-612.

<sup>29</sup> Vale ressaltar que o autor, em artigo datado de 1981, defendia a mesma posição fundado na própria Carta Constitucional de 1967, que enunciava, em seu art. 107, que o Estado seria responsabilizado pelos danos que seus agentes causassem a terceiros. Assim, como a omissão não causava dano, e sim era condição para sua ocorrência, não haveria de se adotar a tese da responsabilidade objetiva quando se tratasse de dano oriundo de uma omissão estatal. Como a Constituição ora vigente não traz a mesma disposição, o autor ressalva que sua orientação não está abrangida por nosso ordenamento.

causados por condutas estatais. Nosso ordenamento, como dito anteriormente, nunca adotou a teoria da culpa administrativa.

O outro ponto é que a responsabilidade receberá tratamento diferenciado, de acordo com a origem do dano. Assim, a responsabilidade será objetiva para as condutas comissivas e subjetiva para os casos de omissão estatal.

Outrossim, para caracterizar a responsabilidade do Estado por suas condutas omissivas, será necessário que exista a obrigação estatal de evitar o prejuízo.

Por último, o autor aponta que a conduta enseja o dano, e não o causa. A omissão não causa o dano; ela é condição para que ele ocorra. A condição, na verdade, é uma ausência de causa, como se manifesta o autor em outro texto.<sup>30</sup> Essa é a idéia básica de sua teoria. Se o dano ocorreu, esse deve-se a outro fato, e não à omissão. O autor manifesta-se da seguinte forma:

“Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. ‘Ergo’, a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez – salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer”.<sup>31</sup>

Esse novo elemento seria o dever de atuar. Assim, o Estado só teria obrigação de reparar o dano caso tivesse obrigação de evitá-lo. Ao se omitir quando tinha o dever de atuar, o Estado cometeu um ato ilícito, visto que contrariou o disposto na lei. Por conseguinte, só poderá ser responsabilizado mediante a verificação da culpa ou do dolo.

---

<sup>30</sup> In: “Responsabilidade extracontratual do Estado por atos Administrativos”. Revista dos Tribunais, p. 13.

<sup>31</sup> In: “Responsabilidade extracontratual do Estado por atos Administrativos”. Revista dos Tribunais, p. 13.

CELSO ANTÔNIO lembra que não se pode estabelecer um nexo causal entre a omissão estatal e o dano, uma vez que

“seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico”.<sup>32</sup>

Completa essa idéia em outra passagem:

“É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los”.<sup>33</sup>

Como parâmetro para se aferir se o Estado teria obrigação de atuar, o administrativista diz que não há resposta *a priori*. Mas se deve levar em consideração “as possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”.<sup>34</sup> Assim, conclui que a análise da responsabilidade estatal decorrente de sua omissão dependerá do bom senso do julgador, que parece ser a orientação adotada por nossos Tribunais, a ser comentada posteriormente.

Nesse contexto, o jurista cita duas hipóteses em que haveria o dever estatal de agir, cujo desrespeito implica a responsabilidade do Estado, a saber:

a) Quando um fato da natureza provoca um dano e o Estado tinha o dever de evitá-lo. É o caso das enchentes, provocadas pela falta de limpeza dos bueiros.

---

<sup>32</sup> Op. Cit, p. 614.

<sup>33</sup> Idem, p. 615.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 614-615.

b) Quando um comportamento de terceiros causa o evento danoso, que o Estado também tinha o dever e podia evitar. É o caso de um assalto que se dá diante dos policiais.

A doutrina de Celso Antônio é tecnicamente perfeita: a omissão não pode gerar o dano. Caberia a verificação da obrigação do Estado em atuar. Se houver, sua conduta terá ocorrido dolosa ou culposamente. Destarte, a responsabilidade por omissão do Estado seria subjetiva, e não objetiva.

Por outro lado, como o próprio autor destaca, essa é uma solução de *lege ferenda*, uma vez que o dispositivo constitucional que trata do tema da responsabilidade estatal só prevê a responsabilidade objetiva.

Toshio Mukai, em conferência citada por ÁLVARO LAZZARINI,<sup>35</sup> entende que mesmo a omissão pode causar um dano, assim como a ação estatal. Para isso, ele trabalha um conceito de causa diverso do existente nas ciências naturais. Assim, no mundo jurídico, a causa das obrigações pode se originar da lei, do contrato e do ato ilícito. Pode ser conceituada como “fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)”.

Desta forma, mesmo a omissão seria causa, e não mera condição, como pretende CELSO ANTÔNIO em sua teoria. O jurista prossegue:

“Em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa, e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa in omitendo) aparece; se não teve, isto é, se o dano não

---

<sup>35</sup> *Apud Estudos de Direito Administrativo*, p. 429.

ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizada como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado”.

Embora, fundamentalmente, o professor Toshio Mukai discorde do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ambos chegam à mesma conclusão de que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva e deve ser analisada perante o dever de atuar do Estado.

JOANA CAROLINA LINS PEREIRA também entende que a responsabilidade decorrente da omissão estatal deve ser subjetiva, no entanto, acresce um novo critério a ser analisado caso a caso: o princípio da proporcionalidade. Assim a autora manifesta-se:

“E quando poderíamos atribuir à omissão estatal a pecha de ato ilícito, quando estaria caracterizada a culpabilidade? Quando a omissão estatal representar descumprimento de lei; quando a conduta do Estado, deixando de atender o mandamento legal, importar dano a alguém.

É imprescindível, no entanto, que a obrigação possa ser razoavelmente exigida no Estado. É dizer, não podemos condená-lo a pagar indenização pela ocorrência de dano que não poderia razoavelmente impedir. O Estado não é onipresente, não se pode exigir do mesmo uma atuação materialmente impossível”.<sup>36</sup> (grifo nosso)

A autora completa seu entendimento com o seguinte exemplo:

“É fisicamente impossível – e razoavelmente inexigível – por exemplo, imaginar que possa haver policiamento em cada trecho das cidades, imaginar que possa haver recrutas aptos a combater o crime a toda hora e em qualquer lugar. Sistema policial nenhum do mundo possui um efetivo capaz de tal proeza”.

---

<sup>36</sup> In: Responsabilidade civil do Estado, p. 36.

Em defesa da tese contrária, APARECIDA VENDRAMEL<sup>37</sup> afirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, mesmo no caso de sua omissão. No início de sua explanação, ressalta o caráter ilícito da omissão do Estado, que tem o dever de agir. Assim, para evitar a ocorrência de omissões ilegais por parte dos agentes estatais, nosso ordenamento cria instrumentos como o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por ser uma conduta contrária à lei, a omissão também gera responsabilidade estatal. Assim, refutando a idéia de Celso Antônio, a autora assevera:

“Responsabilizar-se o Estado por danos decorrentes de sua omissão não significa responsabilizá-lo ‘por nada’, ‘por um não ato’, significa sim responsabilizá-lo por um comportamento contrário ao direito, portanto, ato ilícito, por infringência ao princípio da legalidade”.<sup>38</sup>

Em outra oportunidade, explica seu entendimento mais detidamente:

“Alguns doutrinadores acreditam ser subjetiva a responsabilidade do Estado decorrente da omissão. Embasam sua tese no entendimento de que a omissão não é ato, portanto, se inexistente o ato, não há que se falar sobre incidência de regra jurídica que responsabilize o Estado por danos oriundos deste comportamento. Contudo, abandonando os conceitos propostos e partindo para uma interpretação lógico-jurídica da norma que responsabiliza o Estado por danos advindos do comportamento de seus agentes – omissivos ou comissivos – extraímos o significado de omissão, caracterizando-se como ‘tomada de posição’. Toma-se posição para agir ou para não agir, inclusive na diuturnidade da vida. Se omissão é ‘tomada de posição’, então omissão é conduta, é ação e, embora ação negativa, de ação se trata”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> In: Responsabilidade extracontratual do Estado, p. 94-101.

<sup>38</sup> Idem, p. 108.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 115.



A autora também menciona que a adoção da teoria subjetiva para embasar a responsabilidade do Estado por omissão contraria o Texto Constitucional, pois a norma não excepcionou a responsabilidade em casos de omissão estatal, por conseguinte, não caberia ao intérprete fazê-lo. Ademais, a teoria da falta do serviço (ou da culpa do serviço) representaria um retrocesso e a própria ausência do serviço seria uma omissão ilícita, por ser uma ofensa ao art. 175 da Constituição Federal.

Essa orientação é a mais consentânea com a disposição constitucional. No entanto, a construção formulada pela autora apresenta um problema: se a omissão é uma tomada de decisão, como ela diz, tal decisão foi tomada por alguém, que atuou de forma culposa ou dolosa. Destarte, analisar-se-ia o elemento subjetivo daquele que tomou a decisão, o que contraria a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. A omissão apta a ensejar essa responsabilidade prescinde de que se verifique se alguém tomou ou não uma decisão. Basta que se prove que a omissão ocorreu e foi causa do dano, tão-somente.

O professor YUSSEF SAID CAHALI também entende que a responsabilidade do Estado é objetiva. A análise da omissão estatal implica a verificação da conduta legalmente exigível pela Administração. Como o autor destaca, o conceito de exigibilidade do ato estatal é bastante elástico e o subjetivismo nesta análise induziu “alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento ‘culpa ou dolo’”.<sup>40</sup>

O promotor MÁRCIO LUIZ COELHO DE FREITAS propõe uma teoria inovadora para o estudo da responsabilidade estatal. Primeiramente, ressalta que nossa Constituição não distingue os danos decorrentes da ação ou da omissão estatal. Por outro lado, aponta a impropriedade da argumentação de que a omissão não pode produzir o dano, que é o principal fundamento utilizado pelos defensores da teoria

---

<sup>40</sup> Op. Cit, p. 286.

do *faute du service* nesses casos. O autor assevera que esse entendimento é baseado em uma fórmula oriunda das ciências naturais, ou seja, no princípio da causalidade (se “A” é, então “B” é). Esse procedimento não seria correto, uma vez que o Direito é deontológico, e não ontológico – se “A” é, então “B” deve ser. É uma relação de imputação, e não de causalidade. Nas palavras do autor:

“Assim, sendo a imputação o modo de nexos funcional próprio das ciências normativas, como sói ser o Direito, e sendo este nexos funcional um produto da vontade da norma, nada impede que uma norma impute a uma conduta omissiva a responsabilidade por ressarcir um dano. Não há, portanto, que se falar em aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em relação aos atos omissivos, vez que nada impede, *a priori*, que o Estado venha a ser responsabilizado por suas omissões independentemente de verificação de culpa do agente ou de culpa administrativa”.<sup>41</sup>

Dessa forma, o autor desmonta o pilar que sustenta a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva para os casos de omissão estatal. Outrossim, desenvolve a idéia que pode ser considerada o ponto mais radical de sua explanação: ele sugere a utilização da teoria da imputação objetiva, doutrina de origem alemã, que tem se alastrado no âmbito do Direito Penal. Em suma, essa doutrina defende que cada pessoa – inclusive o Estado – representa papéis sociais (é baseada no pensamento funcionalista de Durkheim); somente quando a violação deste papel causa um evento danoso, que provoque um risco proibido e significativo ao bem jurídico de outrem, haverá responsabilização. A proposta do autor é que a teoria da responsabilidade objetiva seja aplicada tanto nos casos de ação quanto de omissão estatal e as excludentes de responsabilidade sejam analisadas perante à teoria da imputação objetiva.

---

<sup>41</sup> In: Da responsabilidade civil do Estado por omissões, p. 2.

Ele resume seu pensamento da seguinte forma:

“Tem-se que a responsabilidade civil do Estado, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, independe da pesquisa acerca de culpa ou dolo do agente ou da ocorrência da culpa anônima da Administração, critérios claramente violadores da Constituição. A responsabilidade do Estado exsurge sempre que, comprovada a existência de um dano ao particular, este dano for objetivamente imputável ao Estado, isto é, sempre que o dano for consequência da violação do papel destinado ao Estado nas relações sociais, podendo ser a imputação excluída sempre em que o dano estiver dentro dos limites do risco permitido, quando for possível aplicar-se o princípio da confiança, quando o ato, por si só, for invariavelmente inapto a causar danos ou quando a própria vítima for responsável pelo dano”.<sup>42</sup>

A teoria sugerida por Márcio Luiz Coelho de Freitas carece de um maior aprofundamento, por certo, uma vez que, mesmo no âmbito penal, no qual a imputação objetiva surgiu, sua aplicação ainda é bastante controvertida e reduzida. Em outras palavras, a imputação objetiva não angariou muitos defensores nem mesmo entre os penalistas, daí a maior dificuldade de ser acolhida pelos administrativistas. Por outro lado, o estudo de Márcio de Freitas vale principalmente pela contra-argumentação à tese dos que propugnam pela aplicação da teoria do *faute du service* nos casos de omissão.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO faz uma distinção para determinar quando haverá responsabilidade objetiva do Estado em caso de omissão. Assim, para o autor, há dois tipos de omissão: a genérica e a específica. Só ensejaria a responsabilização sem verificação da culpa a omissão específica. Para conceituar o que seria cada tipo de omissão, o professor traz o seguinte exemplo:

---

<sup>42</sup> Op. Cit.

“Veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade por omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado em uma vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, já teremos omissão específica”.<sup>43</sup>

Essa orientação do autor é a que tem sido utilizada em algumas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, embora essa Corte, em seus julgados, não faça menção expressa à noção de omissão específica, como será visto no próximo tópico. No entanto, ela também apresenta dois problemas: primeiro, para manter a coerência de sua argumentação, o autor defende que o art. 15 do Código Civil não foi revogado integralmente pela Constituição. Assim, no caso de omissão genérica, esse dispositivo será aplicado para se justificar a adoção da teoria da culpa anônima. O segundo problema de sua concepção é que ela também dificulta a prova para o cidadão lesado, uma vez que terá que demonstrar que a Administração podia agir, mas não o fez.

Deve-se reconhecer que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva em caso de omissão estatal melhor atende aos interesses do cidadão, pois gera mais possibilidades de responsabilização do Estado. No entanto, essa orientação é minoritária entre os doutrinadores; a grande maioria segue o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello e entende que a responsabilidade deve ser considerada em duas vertentes: nos casos de ação, aplica-se a responsabilidade objetiva; nos casos de omissão, a responsabilidade dependerá da verificação do elemento culpa. Essa é a orientação de Lúcia Valle do Figueiredo, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Velloso.

---

<sup>43</sup> Op. Cit, p. 194-195.

## 4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência pátria tem se mostrado vacilante nas decisões acerca da responsabilidade do Estado por atos omissivos. Ora propendem pela adoção da responsabilidade objetiva, ora pela responsabilidade subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, a rigor, segue a orientação da doutrina majoritária, aplicando a teoria subjetiva da responsabilidade. Já os juízos de primeira instância – que, doutrinariamente, visam a promover a justiça, ao contrário dos juízos extraordinários, que visam à manutenção do primado da lei – tendem a aplicar a responsabilidade objetiva na solução dos casos atinentes à responsabilidade do Estado oriunda de condutas omissivas.<sup>44</sup>

O Supremo Tribunal Federal adota, em grande parte de suas decisões, a teoria da responsabilidade subjetiva baseada na *faute du service* ou “culpa anônima do serviço”, conforme visto anteriormente.

Neste ponto, o autor CAIO TÁCITO, em obra datada de 1959, apontava que, embora a Carta Constitucional adotasse a responsabilidade objetiva do Estado desde 1946, o Supremo Tribunal Federal dificilmente condenava o Poder Público sem que fosse provada a falta do serviço. Nas palavras do mestre:

“É expressiva a constância com que o Poder Judiciário condiciona a reparação de danos resultantes de movimentos militares ou multitudinários ao elemento subjetivo da negligência, omissão ou pouca diligência das autoridades públicas na garantia do patrimônio privado. O conceito da falta de serviço é o ponto de referência para a outorga de indenizações, em que tem sido sóbria, de ordinário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Como a pretensão do presente trabalho não é análise da jurisprudência de primeira instância, serão mencionadas apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por oportuno, remetemos o leitor às obras de Yussef Said Cahali – *Responsabilidade Civil do Estado* – e de Wanderley José Federighi, - *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais* - que relacionam diversos julgados de primeira instância acerca do tema “responsabilidade civil do Estado por omissão”.

<sup>45</sup> Op. Cit, p. 565-566.

Assim, infere-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, funda suas decisões sobre responsabilidade estatal por omissão na teoria da falta do serviço. Essa orientação, que ainda vigorava mesmo com o advento da Constituição de 1946, ainda pode ser encontrada em julgados mais recentes. Os casos, em geral, remontam a homicídios dentro da prisão a danos decorrentes de movimentos multitudinários, em que não houve a atuação das autoridades policiais. Eis algumas ementas mais antigas:

“Quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de depredações praticadas pela multidão enfurecida. Matéria de fato. Não se conhece do apelo.” (RE 17.803, Relator Ministro Barros Barreto, DJ 14/9/53)

“Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Detento morto por companheiro de cela. Notória periculosidade do assassino. Culpa provada dos agentes administrativos, por omissão concorrente para a consumação do evento danoso. Recurso extraordinário do Estado não conhecido”. (RE 81.602/RJ, Relator Ministro Bilac Pinto, DJ 7/5/76)

Em caso bastante semelhante, o Relator diz claramente qual é a posição dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Eis a ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE CELA.

A teoria hoje dominante é a que baseia a responsabilidade do Estado, objetivamente, no mau funcionamento do serviço, independentemente da culpa do agente administrativo.

Culpa provada dos agentes da Administração por omissão concorrente para a consumação do evento danoso”. (RE nº 84.072 – Relator Ministro Cunha Peixoto, DJ 13/5/77)

Esse excerto é bastante exemplificativo, primeiramente porque enuncia que a responsabilidade do Estado por omissão configura-se quando há um mau funcionamento do serviço – *faute du service* – e, em segundo lugar, porque o Relator classifica essa concepção como modalidade de responsabilidade objetiva.<sup>46</sup>

A mesma orientação pode ser encontrada em ementas mais recentes:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PRESO ASSASSINADO NA CELA POR OUTRO DETENTO. Caso em que resultaram configurados não apenas a culpa dos agentes públicos na custódia do preso – posto que, além de o terem recolhido à cela com excesso de lotação, não evitaram a introdução de arma no recinto – mas também o nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Descabida a alegação de ofensa ao art. 37, § 6º da CF. Recurso não conhecido.” (RE 170.014/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13/2/98)

Pode-se apontar um erro nesta ementa, se considerarmos que o STF segue a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. O Relator afirma que há nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano. Uma das idéias que servem de fundamento para a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade é de que a omissão não pode produzir o dano diretamente. Esse julgado apresenta uma inferência, que, em termos lógicos, é equivocada.

Em outro julgado proferido recentemente, o Supremo não reformou decisão em que se determinou a responsabilidade do Estado decorrente da queda de um avião.

---

<sup>46</sup> Conforme visto anteriormente, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade do Estado com fulcro na teoria do acidente administrativo é subjetiva, e não objetiva, uma vez que se funda na “culpa” do serviço.

## “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: MORTE DE PASSAGEIRO EM ACIDENTE DE AVIAÇÃO CIVIL: CARACTERIZAÇÃO.

1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada a sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao DAC – Departamento de Aviação Civil –, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo.

2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao DAC a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio DAC, foi um estado de tal modo aterrador de aparelho que bastava denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização.

3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um “checador” da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal.” (RE nº 258.726 – AL, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 14/5/2002)

Esse julgado é interessante por diversos motivos. O primeiro porque trata de responsabilizar o Estado pela deficiência no exercício de seu poder fiscalizatório, que foi reconhecida pela própria Administração. Outro ponto, posto logo ao início da ementa, é a alusão às divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O relator diz que as divergências existem, porém não se posiciona a favor de uma ou outra concepção. O que resta bem claro é que ele acolhe a alegação de responsabilidade do Estado pela falta de fiscalização



porque ficou sobejamente comprovado que houve imprudência por parte do DAC. É a aplicação da teoria da responsabilidade fundada em *faute du service*, em face do mau funcionamento do serviço público.

Não obstante a clareza desses julgados, o Supremo Tribunal Federal tem se afastado da teoria subjetiva em virtude da gravidade da lesão sofrida pelo cidadão. Muito embora sejam decisões raras, elas podem denotar uma mudança de orientação do Tribunal. Alguns exemplos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO.  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.  
MORTE DE PRESO NO INTERIOR DO  
ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

1. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas.

2. Pretensão de procedência da demanda indenizatória.

3. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio.

4. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença”. (RE 215.981, Relator Ministro Néri da Silveira)

Cuida-se de um caso em que o presidiário morto estava sendo ameaçado. Embora a direção da prisão tivesse conhecimento deste fato, nada fez para impedir o homicídio. É obrigação do Estado velar pela incolumidade física dos detentos. Como violou esta obrigação, deve responder pelo dano causado. Na hipótese, o Estado foi condenado a pagar uma pensão mensal à mãe da vítima.

Pelo que se depreende desta ementa, a responsabilidade objetiva está presente tanto nos casos de ação, quanto de omissão.

Em um acórdão do Ministro Celso de Mello – muito citado pela doutrina, que o considera um dos mais bem acabados estudos sobre responsabilidade do Estado por condutas omissivas – verifica-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Trata-se de um caso em que uma aluna de escola pública sofreu grave lesão no olho, causada por uma agulha de injeção pertencente a uma colega.

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado causa”.

“De outro lado, ainda que ausente qualquer parcela de responsabilidade da servidora municipal (professora da escola pública) na eclosão do evento de que resultou a cegueira parcial da aluna de sua própria classe, tal circunstância, só por si, não teria o condão de exonerar o Município do Rio de Janeiro/RJ da responsabilidade civil – que é objetiva – decorrente do fato danoso em questão”. (RE 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 2/8/96)

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que ainda não foram publicadas na Imprensa Oficial e foram divulgadas por meio do Informativo do STF, também aplicam a responsabilidade objetiva para os casos de omissão estatal, como a seguinte decisão:

“A Turma, entendendo não caracterizada na espécie a alegada ofensa ao art. 37, 6º, da CF, e afirmando a responsabilidade objetiva do Estado, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, que reconheceu o direito do particular à indenização, pelo Estado, por danos causados em sua propriedade em face de invasão por membros do movimento dos sem-terra, ante o descumprimento da ordem judicial que determinara à polícia militar estadual o reforço no policiamento da área invadida.”(RE nº 283.989-PR, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 28/5/2002 – Informativo nº 270)

Essa decisão bastante recente mostra uma mudança no entendimento do Tribunal em relação à responsabilidade do Estado no caso de movimentos multitudinários. Em julgados mais antigos, exigia-se a comprovação da culpa estatal.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal tem se resguardado de proferir decisões com fulcro na responsabilidade objetiva decorrente da omissão estatal. O teor dos julgados leva à conclusão de que o esse Tribunal adota a teoria do acidente administrativo, exigindo-se que seja configurado o mau funcionamento do serviço para que haja a responsabilização do Poder Público.

No entanto, já vislumbra-se uma tendência no sentido de se adotar a teoria esposada no tópico anterior, referente à omissão específica. É certo que as mudanças de orientação no Supremo Tribunal Federal são bastante raras. No entanto, estas decisões citadas acima também demonstram uma tendência protetiva aos direitos do cidadão perante a máquina estatal. Ademais, deve-se considerar que a atual composição da Corte Suprema sofrerá muitas mudanças nos próximos anos, o que, indubitavelmente, será sentido em seus julgamentos.

## CONCLUSÃO

O tema “responsabilidade do Estado” sofreu várias modificações durante a evolução histórica do Estado Moderno, passando-se da completa irresponsabilidade estatal à responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo, que é o estágio em que se encontra atualmente.

Como foi explanado no presente trabalho, o Estado responderá pelos danos decorrentes de suas condutas lícitas ou ilícitas, comissivas ou omissivas. Nesse último ponto, reside a grande divergência existente na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Muito embora a tendência seja a migração da idéia de culpa para a idéia de dano para se configurar a responsabilidade estatal, a doutrina majoritária defende que, nos casos de omissão do Estado, deve-se aplicar a concepção subjetivista: só haverá o dever de reparar o dano se for verificada a “culpa anônima” na execução do serviço, ou seja, sua prestação deu-se de forma negligente, imprudente ou com imperícia.

É certo que a argumentação trazida pelos autores que seguem esta orientação está correta em termos lógicos, porém não é consentânea com os interesses do cidadão, uma vez que dificulta a prova a ser produzida em juízo quando da ação de reparação de danos. De acordo com essa concepção, o requerente não teria de provar a culpa do agente público, o que já é um avanço em relação à teoria civilista da responsabilidade estatal, no entanto, teria que demonstrar que o prejuízo que sofreu foi causado pelo mau funcionamento do serviço público. Indubitavelmente, essa prova é “leonina”, e, na prática dos Tribunais, só configurar-se-ia a responsabilidade oriunda de omissão estatal quando a deficiência do serviço fosse evidente, como se depreende dos julgados apresentados na presente monografia.

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro – assim como alguns sistemas estrangeiros – aboliu a responsabilidade subjetiva do Estado diante da iniquidade que causava, visto que obstava o ressarcimento do prejuízo causado ao cidadão, mesma razão ter-se-ia para proscrevê-la dos casos de omissão do Estado.

A jurisprudência de primeira instância tem sido mais receptiva à responsabilidade objetiva oriunda da omissão estatal. Já no Supremo Tribunal Federal, os julgados são, em sua maioria, no sentido de se exigir a verificação da “culpa do serviço”, afastando-se a aplicação da responsabilidade fundada no risco. Mas há decisões que mostram uma mudança de orientação desta Corte.

Conforme visto no decorrer do trabalho, alguns autores e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal adotam a uniformidade do sistema da responsabilidade do Estado, que seria objetiva tanto nos casos de ação, quanto de omissão, compreensão que está de acordo com nosso Direito Positivado. É certo que essa concepção traria problemas de ordem prática, sobretudo financeiros, uma vez que o Estado brasileiro é pródigo em danos causados por sua omissão. Mas essa não deve ser a razão para que se adote a teoria da *faute du service*. Na verdade, a solução do problema passaria por um aperfeiçoamento das instituições públicas, com vistas em diminuir os casos de omissão do Poder Público que venham a causar danos aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIVROS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 9.ed. Malheiros : São Paulo, 1997.
2. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
3. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
4. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
5. CRETILLA JÚNIOR, José., *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. 8.
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
7. FEDERIGHI, Wanderley José. *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo: Livraria Edição Universitária de Direito, 1994.
8. LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
10. MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
11. OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 2000.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
13. QUADROS, Fausto de (org.). *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
14. SAUWEN FILHO, João Francisco, *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
15. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
16. VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.

## ARTIGOS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos”. *Revista dos Tribunais*. vol. 552, outubro de 1981.
2. FREITAS, Márcio Luiz Coelho, Da responsabilidade civil do Estado por omissões, *Farol Jurídico*, <http://www.faroljuridico.com.br/art-omissoes07.htm>, página consultada em 27/5/2002.
3. FREITAS, Marisa Helena D’arbo Alves de. “Responsabilidade Civil do Estado”. *Revista Jurídica*. nº 247, maio de 1998.
4. PEREIRA, Joana Carolina Lins. “Responsabilidade civil do Estado por omissão”, *Revista Procuradoria do Instituto Nacional da Seguridade Social*. vol. 6, nº3, outubro/dezembro de 1999.
5. TÁCITO, Caio. “Tendências sobre responsabilidade civil do Estado”. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 55, janeiro/março de 1959.

# O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA CRIMINAL\*

**Gustavo Magalhães Lordello**

Aluno da Fundação Escola Superior do  
Ministério Público do Distrito Federal  
e Territórios

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alterou toda a estrutura do Poder Judiciário nacional. A inclusão do Superior Tribunal de Justiça-STJ na Lei Maior, estabelecendo suas competências e atribuições, permitiu a divisão de responsabilidades com o Supremo Tribunal Federal-STF, que passava por sensíveis críticas dos doutrinadores, pela postura formal adotada, a serviço, via de regra, da manutenção das decisões impugnadas.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, representou forte avanço na organização judiciária brasileira, especialmente porque passou a representar a “última palavra” sobre a interpretação correta do direito federal. Aliás, entre as missões fundamentais atribuídas pelo Poder Constituinte Originário ao STJ, a função uniformizadora da jurisprudência — e, conseqüentemente, elevando-o a intérprete das normas infraconstitucionais — foi a maior delas.

Por meio de decisões uniformes e ao ministrar escorreita interpretação das questões jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça cumpre seu papel constitucional, gerando numerosos benefícios à sociedade: 1º) a estabilidade dos Tribunais estaduais, os quais decidem questões estritamente jurídicas de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores; 2º) a redução do número de processos na Corte Superior em caso de estabilidade

---

\* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a Orientação do Professor Rogerio Schietti Machado Cruz.

jurisprudencial; e 3º) a facilidade na invocação de Súmulas e pressupostos recursais que impedirão a subida de irrisignações à Corte Superior ligadas às matérias decididas e consolidadas, além da segurança social e do fiel cumprimento da missão do STJ traçada pelo legislador constituinte.

Entretanto, em numerosas ocasiões, o STJ tem se distanciado do seu mais precioso mister: a incidência de veredictos diversos para semelhantes questões jurídicas, a divergência entre as Turmas que compõem a Corte e a adoção de posicionamentos pessoais contrários ao entendimento firmado pela maioria dos integrantes da Corte têm se prestado negativamente à função uniformizadora.

O resultado disso se agrava em matéria criminal, na qual réus condenados por delitos iguais, cumprindo, às vezes, pena na mesma cela, podem obter “benefícios” diferenciados, prejudicando sobremaneira a isonomia, a ordem jurídica e a estabilidade das decisões judiciais.

O que se procurará apontar, na presente monografia, são as seguidas decisões contraditórias proferidas pelo STJ em matéria criminal e que têm se distanciado da função principal dessa Corte Superior – definida pelos legisladores e operadores à época da Assembléia Nacional Constituinte e ratificada pela própria Corte em numerosos julgados – qual seja, a de uniformizar a jurisprudência sobre a correta interpretação do direito federal.

Buscar-se-á também enfatizar as conseqüências desse grave problema e, ciente das dificuldades de solução, apresentar propostas que servirão para amenizar os questionamentos.

Por último, é importante salientar que não se está aqui pretendendo afirmar negativamente a posição dessa relevante Corte judicante na Justiça brasileira. Muito pelo contrário: trata-se do Órgão mais estratégico da hierarquia jurídica, levando-se em conta a quantidade de leis infraconstitucionais em nosso País e a necessidade de se fornecer o real alcance dessas normas.



No entanto, as decisões contraditórias criam certo “nervosismo” no mundo jurídico, necessitando de correções para acabar com tamanha instabilidade.

Enfim, a questão enfrentada na monografia representa pequena amostra do maior problema da Justiça brasileira: a desconfiança e o descrédito da própria sociedade (os destinatários e os “consumidores” das normas) nas decisões judiciais.

Assim, o primeiro passo para que se corrija o macroproblema está na compreensão das pequenas distorções e ações efetivas no sentido contrário.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **1 HISTÓRIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Antes de nos dedicarmos ao tema central da monografia, o ponto de partida abordará o contexto histórico dos Tribunais Superiores no Brasil, atentando para a evolução da estrutura judiciária nacional.

O início do Poder Judiciário brasileiro coincidiu, na verdade, com a consolidação da estrutura judiciária da sua metrópole (Portugal).

Desde as origens do Reino Português, atribuiu-se ao rei a administração da Justiça. Cabia ao monarca nomear os juízes (chamados de ouvidores do cível ou do crime) e incumbi-los de auxiliar na prestação jurisdicional.

Mas, com a consolidação das Ordenações do Reino, no século XV (Afonso de 1480; Manoelinas de 1520; e Filipinas de 1603), o modelo português foi amplamente alterado: surgiram novas funções e a estrutura revelou-se mais complexa. A primeira instância dividiu-se em: Juízes da Terra (ou ordinários), eleitos pela comunidade, mas não-letrados, que apreciavam as causas locais; Juízes de Fora (equiparados aos antigos ouvidores cíveis ou

criminais das origens do Reino Português), nomeados pelo rei entre bacharéis letrados; e Juízes de Órfãos, com a função de serem os guardiões das crianças e dos órfãos. Havia ainda Corregedores e Provedores: quanto a esses, incumbia-lhes estabelecer regras gerais dos órfãos, das instituições ligadas aos direitos do menor e da legitimação dos testamentos.

Em grau recursal português, estabeleceu-se o Tribunal de Relação, encarregado de rever as causas decididas pelos juízes (ordinários, de fora, de órfãos, corregedores e provedores).

Além disso, criou-se pela primeira vez em Portugal uma Corte Suprema: a Casa de Suplicação subdividia-se em Desembargo do Paço (matérias ligadas ao âmbito criminal — criada em 1521) e a Mesa de Consciência e Ordens (análise de causas cíveis — em 1532) e desempenhava a função de “ser o intérprete máximo do direito português, constituindo suas decisões assentos que deveriam ser acolhidos pelas instâncias inferiores como jurisprudência vinculante.”<sup>1</sup>

A formação, no Direito Português, em meados do século XV, do primeiro Tribunal Superior encarregado de dirimir as interpretações e uniformizar o entendimento legal no âmbito estatal coincidiu com a descoberta do Brasil e o posterior envio, em 1530, da primeira expedição dotada de amplos poderes reais para estabelecer a colonização — liderada por Martin Afonso de Souza.

No Brasil-Colônia, a estrutura judiciária pautou-se de acordo com o modelo português na Idade Média — já superado naquele país pelas Ordenações do Reino.

Assim, a Justiça brasileira iniciou-se contendo apenas os Ouvidores das Comarcas (nas capitanias hereditárias) e o Ouvidor-Geral (ocupado inicialmente pelo Desembargador Pero Borges), que decidia em grau revisional e era a maior autoridade judiciária do Brasil.

---

<sup>1</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. ano 65, nº 1, p. 87, out/dez 1999.

Mas, no século XVI, seguindo a linha portuguesa, foram criados os cargos de Juiz Ordinário, de Juiz de Fora e de Corregedor (esse com autoridade judiciária superior sobre juízes e os ouvidores) e, no século XVII, estabeleceu-se o primeiro Tribunal de Relação do Brasil (o Tribunal da Bahia), com funções revisionais abaixo do Ouvidor-Geral e a competência da Casa de Suplicação Portuguesa (Corte Suprema da Metrópole) para uniformizar o Direito Português, mas aplicável também na Colônia.

Com o advento do Império (1824), a propagação das idéias de Montesquieu com a sua “Tripartição de Poderes”, estrutura o Poder Judiciário brasileiro em três instâncias: 1ª instância: juízes de paz (conciliação prévia das questões cíveis) e de direito (nomeados pelo Imperador, para julgamento de causas cíveis e criminais); 2ª instância: Tribunais de Relação (Provinciais), exercendo a revisão das decisões; e 3ª instância: Supremo Tribunal de Justiça (revisão de determinadas causas e solução dos conflitos de jurisdição entre Relações Provinciais).

O Supremo Tribunal de Justiça foi criado pela lei de 18 de setembro de 1828, extinguiu a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens — todos da época colonial — e modificou a sua composição para 17 Ministros, nomeados pelo Imperador. Constituiu-se no primeiro Tribunal Superior genuinamente brasileiro, mas com função deturpada da que deveria ser. O ilustre doutrinador IVES GANDRA definiu com percuciência o erro atribuído à competência do referido Tribunal Superior:

“Assim, o problema criado foi o de se atribuir a função uniformizadora da interpretação da lei à Assembléia Legislativa, que não a exerceu, levando o Conselho de Estado (instituído pela Lei de 23 de novembro de 1841) a ser o órgão interpretativo da lei, quando deveria ser o Supremo Tribunal de Justiça.

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça se limitava a apreciar os recursos de revista que lhe eram oferecidos, com base exclusiva em nulidade manifesta ou injustiça notória no julgamento da causa pelas instâncias inferiores. Tratava-se, na verdade, de uma Corte de

distribuição de Justiça e não de um tribunal de uniformização de jurisprudência, já que seus julgados não vinculavam os Tribunais de Relação das Províncias.” (o grifo pertence ao original).<sup>2</sup>

A ausência de órgão verdadeiramente uniformizador da legislação de regência levou ao inchaço de instituições revisionais: em 1873, pelo Decreto nº 2342, criaram-se 7 novos Tribunais de Relação. Assim, a composição dos Tribunais passou a ser a seguinte: Relação da Corte (Rio de Janeiro e Espírito Santo — composto de 17 desembargadores)<sup>3</sup>, da Bahia, de Pernambuco, do Maranhão, de São Paulo, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, do Pará, do Ceará, do Mato Grosso e de Goiás.

No final do período imperial brasileiro, compunham a primeira instância: a) os juízes de paz; b) os juízes de direito; c) os juízes municipais; e d) os tribunais do júri.

O segundo grau era formado pelos Tribunais de Relação (citados anteriormente) e o Supremo Tribunal de Justiça funcionava como terceira instância (órgão também revisional, desligado do mister uniformizador do direito pátrio).

Mas, com a proclamação da República e a conseqüente edição da primeira Carta Política Brasileira (em 1891), inaugurou-se período bastante diferente no Poder Judiciário, especialmente em relação aos Tribunais Superiores.

Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal de Justiça passou a se chamar Supremo Tribunal Federal, composto por 15 Ministros,<sup>4</sup> com a função de uniformizar o entendimento da legislação vigente no País, contrariando o

---

<sup>2</sup> Idem, p. 92.

<sup>3</sup> O Rio de Janeiro passou a ser a sede do Poder Imperial, daí a designação Relação da Corte.

<sup>4</sup> A composição do Pretório Excelso foi seguidamente modificada: 15 Ministros na CF de 1891 (art. 56); 11 Ministros nas CFs de 1934 (art. 73), 1937 (art. 97) e 1946 (art. 98); 16 Ministros no AI 2, de 27.10.65 e, na CF de 1967, novamente 11 Ministros no AI 6, de 01.02.69, na EC 1, de 1969 e na CF de 1988.

estabelecido no Período Imperial. Além disso, criou-se a justiça federal ao lado da estadual, encarregada de apreciar as causas de interesse da União, bem como exercer o controle difuso de constitucionalidade (nos casos concretos). Nesse último ponto, o legado veio do Direito Constitucional Norte-Americano, que estabeleceu, a partir do caso *Marbury versus Medison*, a possibilidade de o juiz deixar de aplicar determinada norma por entender contrária à intenção do Poder Constituinte Originário.

Ademais, os Tribunais revisionais também tiveram suas designações alteradas para Tribunais de Justiça dos Estados (19), considerados órgãos de última instância ordinária local, mantida a linha de competência.

Embora previstos na Carta Magna de 1891, os Tribunais Federais – instituições de revisão dos juízes federais – não saíram do papel, vindo a funcionar efetivamente nas décadas seguintes.

Outra grande inovação prevista na Lei Maior foi a inclusão da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos entre as garantias dos magistrados.

A Carta de 1934 produziu fortes modificações na chamada “Justiça especializada”. Nessa época, houve a criação das Justiças eleitoral (um pouco antes da Constituição, em 20 de maio de 1932, composta por juízes eleitorais, por Tribunais Regionais Eleitorais e pelo Tribunal Superior Eleitoral), militar (fruto da reivindicação dos militares vitoriosos na Revolução Constitucionalista de 1932) e trabalhista (inicialmente, fora da estrutura do Judiciário, composta por magistrados de carreira e representações classistas – os chamados “juízes leigos”).

Além disso, a Constituinte consignou sensível avanço das idéias norte-americanas sobre o controle de constitucionalidade: a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer mediante maioria absoluta do colegiado, o Senado Federal passou a deter competência para suspender com eficácia *erga omnes* a lei considerada inconstitucional e incluiu-se a representação interventiva nos estados para preservar o livre exercício dos Poderes da República.

A Constituição de 1937 representou forte revés na evolução da estrutura do Judiciário. Em nome da concentração dos Poderes, Getúlio Vargas extinguiu a justiça Eleitoral, promoveu a aposentadoria ou a colocação em disponibilidade de todos os magistrados da primeira Instância Federal (nessa época, as causas de interesse da União passaram a ser julgadas pelos juízes estaduais) e modificou o controle de constitucionalidade, permitindo ao Presidente da República levar à apreciação do Congresso a lei outrora declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, em ordem a preservar a autoridade de suas decisões. Tanto é assim que o Decreto-Lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, cassou a inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em determinada matéria tributária, alegando ser a decisão contrária ao interesse nacional.

A Carta Política de 1946 retornou ao exercício republicano, com a criação do Tribunal Federal de Recursos-TRF (instalado em 23 de junho de 1947 e composto por 9 Ministros, alterado posteriormente para 13), encarregado de rever as decisões dos juízes estaduais (até outubro de 1965, quando foi restaurada a Justiça Federal de primeira Instância, suprimida pelo Golpe de Estado de 1937).

A Justiça Eleitoral também retornou à Carta, que incluiu em suas disposições as Justiças do Trabalho e Militar (com foro privilegiado para militares e a instalação de auditorias militares).

Criou-se a vigente ação direta de inconstitucionalidade contra lei em tese, exercida pela via concentrada, mantendo o controle difuso estabelecido pela Lei Maior de 1934.

A Constituição de 1967 em nada alterou a estrutura do Judiciário.

Entretanto, o mesmo revés de 1937 ocorreu em 13 de dezembro de 1968, com o Ato Institucional nº 5, que permitiu ao então Presidente Costa e Silva cassar mandatos, suspender direitos políticos e demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade juízes, suspendendo-lhes as garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade.

Houve ainda a suspensão da garantia do *habeas corpus*, permitindo que cidadãos fossem presos sem flagrante delito, permanecendo nas prisões, de acordo com a arbitrariedade do governo.

A Emenda Constitucional nº 7/77 (o chamado “Pacote de Abril”), seguindo ainda a linha militar, provocou sensíveis modificações na estrutura judiciária brasileira, com a criação do Conselho Nacional da Magistratura (órgão encarregado de receber reclamações contra magistrados e inclusive avocar processos disciplinados instaurados contra juízes) e do instrumento da avocatória (poder conferido ao STF de, por solicitação do Procurador-Geral da República, avocar qualquer causa em trâmite na Justiça pátria e julgá-la como de direito).

Finalmente, em 1988, a Constituição “Cidadã” introduziu o Superior Tribunal de Justiça, que substituiu o Tribunal Federal de Recursos, com a composição de, no mínimo, 33 Ministros, aproveitando os magistrados do extinto Tribunal Federal de Recursos. Ademais, manteve a composição do Supremo Tribunal Federal (11 ministros), mas estabeleceu a competência de cada Tribunal Superior: ao STJ competia, entre outras atribuições, especialmente, uniformizar o entendimento do direito federal, mediante o julgamento de recursos especiais interpostos contra acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos recém criados Tribunais Regionais Federais (órgãos revisionais das decisões dos juízes federais); e ao STF, incumbia principalmente fornecer aos demais órgãos do Poder Judiciário a correta interpretação da Lei Maior.

Instituíram-se ainda novos instrumentos democráticos postulatórios ao Poder Judiciário, tais como as ações coletivas, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, além da inclusão do *habeas data* como garantia individual do cidadão. A ação direta de inconstitucionalidade e a ação para fins interventivos nos estados e nos municípios (quando houver ofensa aos princípios “sensíveis” da CF) e, posteriormente, as ações declaratória de constitucionalidade (criada pela emenda nº 3/93) e a de descumprimento de preceito fundamental (art. 101, § 1º, da Lei Maior) constituíram-se novas ferramentas em ordem a preservar a democracia e a soberania.

Entre outras inovações democráticas estavam a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 99), a extinção do instituto da “avocatória” e a instalação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais destinados a resolver litígios de menor complexidade (art. 98).

Estava formada, portanto, a estrutura propícia para o Superior Tribunal de Justiça conquistar o seu espaço no meio jurídico.

## **2 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Poder Constituinte Originário, em 1988, definiu a criação de dois novos órgãos judiciários: o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais (dispostos em cinco regiões).

Entretanto, a discussão acerca da estrutura do Judiciário surgiu muito antes do advento da Lei Maior.

As críticas eram numerosas: em primeiro lugar, incomodavam juristas, doutrinadores e advogados a postura do Supremo Tribunal Federal que, encarregado de julgar, em última instância, todos os recursos extraordinários envolvendo matérias constitucional e infraconstitucional (como visto no capítulo anterior), dificilmente modificava os julgados, amparados em pressupostos como a “falta de relevância da matéria”. A propósito, o jurista MIGUEL REALE afirmou: “Raríssimos se tornaram os recursos extraordinários conhecidos e providos, quando seria escandaloso não atentar a letra expressa da lei federal ou dos mandamentos constitucionais.”<sup>5</sup>

Bradavam os estudiosos do direito pela criação de outro Tribunal Superior encarregado de repartir com o STF as tarefas estratégicas do Judiciário, como afirmou o então Ministro do STJ, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

---

<sup>5</sup> Apud CRUZ NETO, Olímpio. “Um Marco no Judiciário”. *Revista Mérito*. ano 1, nº 1, p. 6.



“São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça, e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo postos a cargo dos integrantes do excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte constitucional, também uma multiplicidade de recursos provenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade.

Óbices jurisprudenciais e regimentais à admissão do recurso extraordinário revelaram-se de proveito limitado, e de certa forma transitório, na medida em que o elevado número de processos reavivou a crise. A experiência com o instituto da ‘relevância da questão federal’, cercada de rígidos pressupostos procedimentais, sob certo ângulo repôs o recurso extraordinário em sua destinação essencial; mas, de outra parte, veio a suscitar restrições pelos litigantes e advogados, desejosos de maior amplitude no acolhimento de irresignação dirigida a um tribunal nacional.

A instituição do Superior Tribunal de Justiça atendeu a tais reclamos. A uma, liberando o Supremo Tribunal Federal para um menos atribulado exercício de sua missão maior, de custódia da Constituição Federal e órgão tutelar dos direitos e garantias individuais. A duas, com a substituição do Tribunal Federal de Recursos, até então principalmente tribunal de segundo grau da Justiça Federal, por cinco Tribunais Regionais Federais, melhor aparelhados para servir como instância recursal ordinária das decisões dos juizados federais.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. “Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial”. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina – ed. Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 172/173.

Aduziam em suas críticas as perspectivas negativas de crescimento demasiado do número de causas no Pretório Excelso. De acordo com estudos feitos durante a Constituinte, o STF estaria julgando, não havendo modificação na estrutura do Judiciário, cerca de cem mil processos por ano.

A discussão era tamanha que, já em 1965, uma mesa redonda na Fundação Getúlio Vargas composta por juristas como THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (Presidente dos trabalhos), Miguel Reale, Levy Fernandes Carneiro, Alcino de Paula Salazar, Miguel Seabra Fagundes, Flavio Novelli, entre outros, apresentaram a idéia de se criar um Tribunal Superior de Justiça. Sobre o tema, o Presidente da comissão afirmou à época:

“Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e “habeas corpus” originários, os contra atos dos ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos estados”.<sup>7</sup>

Em 1987, uma comissão de trabalhos composta por ministros do TFR, durante quinze meses, manteve contatos diários com parlamentares, a fim de se estabelecer as diretrizes da nova estrutura do Judiciário.

O nome “Superior Tribunal de Justiça” partiu do deputado Egídio Ferreira Lima (PMDB/PE), relator da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, que alterou o nome inicial imaginado por integrantes da Subcomissão do Poder Judiciário do Congresso Nacional (Tribunal Superior Federal), já durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. A propósito, foi o citado parlamentar que, à frente da Comissão, estabeleceu a estrutura definitiva do Poder Judiciário, inserida na Carta de 1988.

---

<sup>7</sup> Idem, p. 7.

Após a promulgação da Lei Maior, instalou-se no dia 7 de abril de 1989, perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em sessão solene presidida pelo ministro Néri da Silveira. Tomaram posse 26 Ministros do antigo TFR e, posteriormente, mais 7 Ministros nomeados pelo então Presidente José Sarney, incumbidos das atribuições previstas no art. 105, da CF.

### **3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL**

O legislador, em determinadas situações, conferiu à Instituição atribuições de julgador originário no âmbito penal (art. 105, I, “a”, “c” e “e”, 1ª parte) e no cível (art. 105, I, “b”, “e”, 2ª parte, e “h”) e de órgão revisional criminal (art. 105, II, “a”) e civil (art. 105, II, “b”).

Apesar de se inserirem atribuições típicas de instâncias ordinárias, tratava-se de excepcionalidade, afinal, não havia dúvidas de que o STJ — tal qual o STF — desempenhava função específica bem diversa da dos Tribunais Estaduais. Foi o que expôs o sociólogo e il. membro da ABL, o eminente constitucionalista PINTO FERREIRA:

“É de relembrar que entre os Tribunais da União, foram criados dois tribunais não pertencentes a qualquer das ditas Justiças, são eles o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Tais órgãos de superposição são dotados de uma competência originária e também de competência para julgar em recurso ordinário (excepcionalmente) e também em recurso extraordinário e especial. Assim sendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça funcionam como órgão de superposição, como são chamados por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Dinamarco em sua Teoria Geral do Processo (São Paulo, Malheiros Editores, 11. Edição, p. 174). Destarte eles julgam recursos que já se tenham exaurido na justiça comum e especial, sobrepondo-se a elas.

Articulam-se resumidamente como órgãos de superposição.

A respeito escrevem os aludidos autores:

“No exercício de sua competência de superposição, esses dois tribunais julgam o recurso extraordinário (STF) e o especial (STJ). Esses dois recursos têm a marca da extrema excepcionalidade e permitem somente a apreciação de questões de direito (nunca, questões de fato). Mais ainda: por se tratar de Tribunais da União, no sistema federativo brasileiro, competes somente o exame do direito nacional (direito decorrente de fontes federais, de aplicação em todo o território brasileiro) e não o do direito local (estadual, municipal).

O fundamental critério de distinção entre a competência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reside na atribuição ao primeiro de questões exclusivamente constitucionais (Constituição Federal); e, ao segundo, de questões federais infraconstitucionais.”<sup>8</sup>

Então, qual seria a verdadeira função constitucional do Superior Tribunal de Justiça? Os próprios operadores do direito responderam:

“A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judiciária em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infra constitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infra constitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ.

(...)

As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento

---

<sup>8</sup> FERREIRA, Pinto. O Superior Tribunal de Justiça. In: *10 anos – Obra Comemorativa 1989-1999*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 178.

havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional.

Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais.”<sup>9</sup>

Com efeito, o advento da Carta Magna de 1988 destinou muitas atribuições ao Superior Tribunal de Justiça. Mas nada se comparou ao exercício de uniformizar a jurisprudência (art. 105, III, da CF), fornecendo a correta interpretação das leis federais.

Bradava-se a necessidade de se implementar Órgão Superior que desse a “palavra final” sobre o alcance de cada norma federal e o Poder Legislativo muito colabora para isso.

A “progressão geométrica” de leis (complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) destacou a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em uniformizar o entendimento acerca da aplicação das normas infraconstitucionais vigentes.

Para se ter idéia, em apenas um ano de vigência da CF/88, o país possuía 313 (trezentas e treze) novas leis ordinárias e 3 (três) leis complementares, entre outras normas de cunho federal.

No final do ano de 2001, o número era aproximadamente dez vezes maior: o Poder Legislativo deliberara 2.723 (duas mil, setecentos e vinte e três) leis ordinárias, 51 (cinquenta e uma) leis complementares, 2 (duas) leis delegadas, além de 35 (trinta e cinco) emendas à Constituição – desprezadas ainda as medidas provisórias (que ultrapassam a casa dos milhares), decretos legislativos e resoluções.

---

<sup>9</sup> ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. In: *10 anos – Obra Comemorativa 1989-1999*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 37/39.

Ora, no País de dimensão territorial extensa e de numerosas legislações, é imprescindível que exista determinado órgão encarregado de servir de referência sobre a forma de se interpretar as disposições legais. Essa Instituição é o STJ.

O Poder Executivo e suas incertezas na administração gerencial também contribuem para a existência de Tribunais com posicionamentos judiciais uniformizadores, como determinado caso destacado por MARINA OLIVEIRA:

“Em 1992, Ibrahim entrou com um processo trabalhista contra o Serpro por demissão sem justa causa. Dois anos depois, recebeu a primeira decisão. A juíza mandou que o analista de sistema fosse readmitido no emprego. Uma semana depois, entretanto, estava na rua. A juíza cancelou a própria decisão porque entendeu que não tinha competência para julgar a causa.

(...)

Ibrahim, depois de readmitido e novamente exonerado do Serpro, insistiu com os processos judiciais. Reuniu todos os que foram demitidos por perseguição política do órgão, na época do governo Collor. Aí veio a anistia do governo Itamar Franco devolvendo as vagas de todos os demitidos.

No ano seguinte, porém, o presidente Fernando Henrique Cardoso resolveu anular a anistia. Uma comissão analisaria novamente cada um dos casos, decretou o novo ocupante do Planalto.”<sup>10</sup>

Outro fator positivo foi a excepcionalidade destacada pelo legislador quanto às competências originária e revisional.

Exemplificando: compete ao STJ processar e julgar originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, tão-somente pessoas no exercício

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Mariana. Via-crúcis nos Tribunais. Disponível em <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em 15 de julho de 2002.

de cargos de alta relevância dos Estados e do Distrito Federal (art. 105, I, “a”, da CF). Trata-se, portanto, de número limitado de pessoas, se comparado ao universo de brasileiros e suas postulações nas instâncias ordinárias.

Adicione-se ainda a ineficaz cultura brasileira de populares cobrarem explicações na Justiça de seus governantes envolvidos em escândalos e operações ilícitas (v.g. ações populares, ações de improbidade administrativa etc.).

Mas isso não ocorreu com os recursos especiais (art. 105, III, da CF). Quis o legislador que, por meio desses apelos constitucionais – esses, sim, amplamente previstos na alçada de competência do Superior Tribunal de Justiça – houvesse a realização de seu mister constitucional (uniformização do direito em nível federal).

Para ser mais preciso, limitações há também quanto a esses recursos (mesmo porque não se pode transformar o referido Tribunal Superior em “Terceira Instância”). As matérias probatórias, por exemplo, encontram-se fora da alçada de atribuição do Superior Tribunal de Justiça (conforme Súmula 7/STJ). O mesmo se diga em relação às decisões consideradas como de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95), consoante evidencia o enunciado 203/STJ.

Entretanto, o que se pretende afirmar é que não impede à parte que se sentir prejudicada nas instâncias ordinárias obter êxito em sua postulação, utilizando-se dos recursos especiais, desde que as irresignações se encontrem fundamentadas em qualquer das alíneas previstas no art. 105, inciso III, da Lei Maior.

Não há óbices quanto aos legitimados para recorrer, não se necessita de arguição de relevância – que predominou na jurisprudência do STF e na simpatia de doutrinadores<sup>11</sup> – ou limitação no valor da causa.

---

<sup>11</sup> cf. ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. In: op. cit, p. 37/47.

Os recursos especiais são os principais instrumentos no STJ: eles permitirão o desempenho da função constitucional desse Tribunal Superior, uniformizando o entendimento do direito federal.

A afirmação acima requer duas considerações especiais.

Isso não quer dizer que apenas os Recursos Especiais contêm a função uniformizadora do direito federal. Os *habeas corpus* ou os mandados de segurança decididos pela Corte Superior também poderão servir para tal mister, desde que contenham decisões de cunho estritamente jurídico. Exemplificando: o veredicto, no pedido de *habeas corpus*, que tenha por finalidade permitir a progressão de regime de réu condenado pela prática de latrocínio, argumentando haver extensão dos “benefícios” da Lei de Tortura (que prevê a progressão aos torturadores) ao latrocida, constitui matéria exclusivamente de direito, portanto, passível de se uniformizar a jurisprudência. Mas o veredicto do STJ no *habeas corpus* com pedido de concessão de liberdade provisória a réu preso em flagrante e que possui prerrogativa de função (p. ex., membro dos Tribunais de Contas dos Municípios), com fundamento na primariedade e nos bons antecedentes, constitui decisão casuística, não servindo para os fins de fornecer o entendimento do direito federal.

Em numerosas ocasiões, as partes, cientes da “amplitude” conferida aos recursos especiais, os interpõem com cunho estritamente protelatório, a fim de postergar o recolhimento do réu à prisão (nos casos em que o juiz condiciona a constrição do condenado ao trânsito em julgado da sentença condenatória).<sup>12</sup>

De todo o exposto, a conclusão que se alcança é certa: a missão relevante dessa Corte Superior é a de conferir o alcance e a escorreita interpretação da norma infraconstitucional, a fim de que as decisões possam, sem caráter vinculativo, orientar os Tribunais Estaduais e Federais

---

<sup>12</sup> Embora a recém editada Súmula 267/STJ pareça pacificar a discussão.



nas questões fáticas e jurídicas de casos concretos; e os recursos especiais são os instrumentos hábeis à realização desse mister.

A doutrina confortavelmente não diverge da missão constitucional do STJ, tampouco dos instrumentos processuais destinados à essa realização (os recursos especiais).

Veja a exposição do Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO: “A maior missão do Superior Tribunal de Justiça, portanto, consciente do seu poder gerador do Direito e, por causa dele, é a de uniformizar a jurisprudência brasileira.”<sup>13</sup>

Outra não é a ponderação de ARRUDA ALVIM, *verbis*:

“coube matéria vital, qual seja, a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal ‘não-constitucional’, assegurando-lhe a validade e bem assim uniformidade de interpretação. *A função do recurso especial é uma exigência síntese do Estado federal em que vivemos.*”<sup>14</sup>

Aliás, o próprio STJ, em diversas ocasiões, sustentou ser esse o seu mister constitucional, valendo-se das prerrogativas que o Poder Constituinte Originário lhe conferiu:

“(...) A manutenção do precedente no afã de preservar a uniformização jurisprudencial não pode implicar a violação da lei federal porquanto a missão precípua do STJ é a preservação da inteireza do direito nacional, através de várias técnicas, dentre as quais a pacificidade da interpretação jurisprudencial. Sobrepe-se, entretanto, a esta tarefa a de guardar a lei de supostas violações. Declaração positiva do direito à compensação com os tributos indicados na inicial,

---

<sup>13</sup> BRITO, Washington Bolívar de. Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal. In: *STJ. Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina VI – ed. Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 59.

<sup>14</sup> ALVIM, Arruda. Coletânea Recursos no STJ. Saraiva, 1991, p. 155. In: op cit, p. 174.

sendo certo que, quanto o PIS vincendo a matéria restou decidida consoante a pretensão da parte, revelando-se, nesse aspecto, desnecessário o recurso. (...)” (o grifo não pertence ao original).<sup>15</sup>

Estava definida, portanto, a missão do Superior Tribunal de Justiça no cenário jurídico pátrio. Convém então verificar se a finalidade vem sendo cumprida, em matéria criminal, o que se verá mais à frente.

#### **4 A FUNÇÃO UNIFORMIZADORA NO DIREITO COMPARADO**

Como visto, o advento do Superior Tribunal de Justiça na Lei Maior de 1988 representou, no País, a criação de órgão encarregado de, principalmente, fornecer a última palavra sobre o alcance das normas infraconstitucionais.

Entretanto, a solução alvitrada pelo legislador não foi pioneira no mundo jurídico.

Entre os países que adotam o mesmo sistema jurídico brasileiro (“*civil law*”), a função uniformizadora é constantemente utilizada na resolução de conflitos judiciais.

MANCUSO, a propósito, analisou com habitual sabedoria a estrutura das Cortes encarregadas desse mister no direito comparado, razão pela qual pede-se vênia para transcrever:

“Mesmo dentre os países da família romano-germânica, de vocação codicística, não se registra uniformidade o regime de controle (prevenção/correção) dos dissídios jurisprudenciais, através de órgãos colegiados de

---

<sup>15</sup> STJ – Recurso Especial nº 386.983/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, publicado no DJ 08.04.2002, seção I, p. 155. Idêntica compreensão: STJ – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 303.528/TO, 4ª Turma, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ 04.02.2002, seção I, p. 382; STJ – Recurso Especial nº 53.675/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJ de 28.11.1994, seção I, p. 32.651.

segundo grau. Esses ora aparecem como: 1) Cortes de Cassação, encarregadas, portanto, do só contraste objetivo entre a tese albergada no julgado recorrido acerca da exegese de um texto legal, e aquela predominante no âmbito do Tribunal, sem formulação, portanto, de juízo de valor acerca do mérito, ou seja, do acerto ou desacerto da decisão recorrida; 2) Cortes de Revisão, por aí se entendendo os chamados Tribunais de grande instância, ou Cortes de Apelação, que, ao conhecer de impugnações fundadas em divergência jurisprudencial, reexaminam o próprio fulcro da controvérsia, assim re julgando a causa, em segundo lugar.

Em ambos esses sistemas se prevêm instrumentos e remédios voltados à idéia nuclear de um controle de divergência jurisprudencial, seja no plano preventivo (dissídio virtual) ou corretivo (dissídio ocorrente). Efetivamente, dizia Alfredo Buzaid, ‘a experiência de vários países denota a preocupação de assegurar certeza na aplicação do direito, sem ofender o ideal de justiça.’<sup>16</sup> (ênfatisou-se).

Embora existam duas Cortes especificamente voltadas para as questões de uniformidade (de Cassação e de Revisão) no direito comparado, em alguns países, as duas funções situam-se no mesmo Tribunal (caso do Brasil); em outros Estados, as atribuições competem a Tribunais distintos; e em outras nações, há apenas uma das funções relativas à Corte Superior (Cassação ou Revisão).

Adentrando especificamente na estrutura de alguns países, na Suíça, por exemplo, embora adote método eleitoral para a escolha dos magistrados, o sucesso de seus resultados decorre, em grande parte, da presença do Tribunal Federal com função exclusivamente uniformizadora, como destacado por Regina Bandeira, *verbis*:

---

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 196.

“Na Suíça, os juízes são eleitos para mandatos de quatro a seis anos. No nível federal e em vários Tribunais cantonais são eleitos pelo Parlamento. Os órgãos de cúpula são o Tribunal Federal e os Tribunais cantonais.

O Tribunal Federal, com papel relevante na uniformidade do direito nacional, é composto de trinta juízes e quinze suplentes, designados pela Assembléia Federal, com mandato de seis anos, permitida a recondução e vedado o exercício de outro cargo público ou profissão.<sup>17</sup>

A Itália, por sua vez, apresenta um dos sistemas que mais se aproxima do modelo brasileiro.

A Corte de Cassação italiana, desde 1924, apresenta função tipicamente uniformizadora, consistindo na publicação de *massime consolidate*, que são teses assentadas pela Corte e representam a reiteração uniforme de julgados sobre determinado tema (equiparam-se às Súmulas no Brasil).

Esses enunciados acabam se tornando vinculantes na própria Corte Superior, impedindo que se descumpra o posicionamento firmado.

Assim, reconhecida a divergência do julgado com posicionamento da Corte italiana, caberá a cassação do veredicto, aplicando a Súmula do Tribunal Superior.

Com as vênias de estilo, novamente convém citar MANCUSO:

“Essas ‘máximas consolidadas’ são, naturalmente, vinculantes para a própria Corte, embora não necessariamente para as instâncias jurisdicionais ordinárias: estas podem, motivadamente, deixar de perflhar a máxima num caso concreto; na prática,

---

<sup>17</sup> BANDEIRA, Regina Maria Groba. Seleção dos Magistrados no Direito Pátrio e Comparado. Viabilidade Legislativa de Eleição Direta dos Membros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/200366.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2002.

porém, tal dissidência tem remota ou mesmo nenhuma chance de sucesso, porque a Corte de Cassação, ao conhecer a espécie em via recursal, tenderá, naturalmente, a prestigiar a tese por ela mesma assentada. Nesse sentido, aliás, o art. 373 do Código Processual Italiano prevê que a Corte de Cassação pode reunir suas seções para julgamento de recursos que gravitam em torno da questão jurídica já decidida em sentido diverso pelas seções simples, ou, ainda, quando o confronto se dê entre a decisão *a quo* e uma máxima consolidada.”

Na Itália – como será visto na Alemanha – a uniformização assume tamanho relevo que é possível a interposição do “recurso de cassação e de reenvio” à Corte Superior antes mesmo que a sentença chegue ao Tribunal para a análise de apelação (*per saltum*).

Na França, a função uniformizadora constitui prerrogativa indeclinável, conforme destacado por LUIS GUILHERME MARQUES:

“Já considerado a atualidade, Carlos Ferreira de Alemida, ob. cit., pp. 72/74, apresenta um perfil geral do Direito francês:

1 – A concepção do direito como regra de conduta tendente à realização da justiça. 2 – Estrutura da regra jurídica concebida com elevado grau de generalidade e abstração (...) 12 – Declínio da importância do costume. 13 – Contraste entre o discurso dominante e oficial, que recusa à jurisprudência o valor de fonte de criação normativa, e a sua efetiva importância enquanto meio de conhecimento e de evolução do direito (...) 17 - Organização judiciária ordinária ou comum hierarquizada três níveis; tribunais de 1ª e de 2ª instância dispersos no território; tribunal supremo vocacionado para a uniformização da jurisprudência. (...)” (o grifo não pertence ao original)<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> MARQUES, Luis Guilherme. A Justiça na França. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcost0018.htm>>. Acesso em 15 de julho de 2002.

O direito francês se subdivide em jurisdição administrativa e judicial. Nessa última, o órgão de cúpula é a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), com tarefa exclusiva de cassar aqueles julgados que não deram a devida interpretação da norma ao caso.

Tal qual ocorre no Brasil, a Corte de Cassação francesa não é mais um grau de revisão, competindo-lhe tão-somente a revisão de fundo dos julgados que se afastarem do melhor enfoque ao comando legal.

Na Alemanha, o efeito vinculante encontra-se bem delineado.

No controle de constitucionalidade, a tarefa uniformizadora compete exclusivamente à Corte Suprema alemã.

Como os juízes de primeira instância não exercem competência para tal mister (o controle de constitucionalidade pelas vias difusa e/ou concentrada na Alemanha são atribuições exclusivas da Suprema Corte alemã), a alegação de que determinada norma afronta preceitos constitucionais resulta na suspensão do feito até que o Pretório Excelso dirima a questão constitucional.

Mas essa decisão do Tribunal Constitucional alemão, no controle abstrato da constitucionalidade, possui caráter vinculante aos magistrados de primeira instância. A propósito, vejam as colocações de RICARDO PERLINGEIRO sobre o tema:

“Ao Tribunal Constitucional Federal compete a solução de conflito entre órgãos estatais, de conflitos federativos (entre a Federação e os estados), o controle de normas (abstrato e concreto), o julgamento do recurso constitucional individual (pretensão de pessoa física ou jurídica contra ato ou omissão do poder público, tendo como questão de fundo a Constituição), do recurso constitucional comunal (dos municípios contra leis e decretos), acusação contra o Presidente da República e contra um Juiz.

O controle abstrato tem por fim exclusivo a defesa da Constituição e serve somente ao exame de normas jurídicas. É verificada a conformidade do direito federal e estadual com a Constituição, além da conformidade do direito estadual com o direito federal, de modo a ser considerado guardião da Constituição e do direito federal. Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional e exorta o legislador a que proceda — às vezes dentro de determinado prazo — à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’. No controle concreto, a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal decorre da iniciativa de Tribunal inferior que, ao julgar um litígio, suscita dúvidas sobre a validade de norma sobre a qual será fundamentada a decisão. Dessa maneira, o procedimento será suspenso e o órgão judicante pedirá o pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal, que, ao concentrar a competência sobre o controle constitucional, garante a uniformização de jurisprudência e, conseqüentemente, a unidade da federação. Vale lembrar que apenas a questão de direito será apreciada pelo Tribunal Constitucional Federal, cabendo a controvérsia fática ser dirimida pelo órgão judicante inferior.”<sup>19</sup>

Ademais, a função uniformizadora é tão importante na Alemanha que poderá ser realizada mesmo suprimindo graus de jurisdição:

“É interessante observar que, ao contrário do que se passa entre nós, onde o manejo dos recursos excepcionais (extraordinário e especial) pressupõe o esgotamento das instâncias precedentes, não podendo ser exercidos *per saltum* (Súm. 281 do STF), já na Itália (CPC, art. 360, *in fine*), tanto quanto na Alemanha (ZPO, §§ 545 a 566), existem o *ricorso di cassazione per saltum* e a *Sprung revision*, por modo que, esclarece Nelson Nery Junior, ‘as partes podem acordar em suprimir o recurso de

---

<sup>19</sup> MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Jurisdição das Liberdades Públicas. Disponível em <http://www.uff.br/direito/artigos/perling3.htm>. Acesso em 15 de julho de 2002.

apelação, interpondo diretamente o de cassação ou revisão para o tribunal superior.

A cassação alemã é precipuamente voltada à consecução da uniformidade jurisprudencial, ‘ainda que atenda aos interesses das partes’, aduz Alcides de Mendonça Lima. Prossegue o autor, esclarecendo: ‘Assemelha-se ao nosso antigo recurso de revista de 1939; aos embargos *sui generis* no STF (art. 546, par. ún., do CPC) e ao recurso extraordinário fundado no art. 119, nº III, d, da Constituição Federal’ [EC 01/69]. Na seqüência, o autor observa que tal recurso pode ser viabilizado ‘por salto, isto é, mediante concordância do adversário, que pode ser interposta a cassação diretamente contra a sentença de primeiro grau, sem passar o feito pelo julgamento de apelação (§ 566). É medida útil, nos casos em que as partes somente discutem matéria de direito, porque, fatalmente, o caso irá ao conhecimento do órgão competente para o julgamento da cassação.’ (ênfatisou-se).<sup>20</sup>

Em Portugal, as Cortes Superiores se subdividem em duas: o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional.

No campo infraconstitucional, a tarefa uniformizadora de jurisprudência compete ao Supremo Tribunal de Justiça, conforme se extrai de seu *site* oficial a competência que lhe é atribuída:

“O Supremo Tribunal de Justiça, sob a direcção do seu Presidente, funciona em Plenário do tribunal, em pleno das secções especializadas e por secções. O Plenário é constituído pela totalidade dos juizes que integram as secções e só pode funcionar com a presença de, pelo menos, três quartos do universo dos membros em exercício. Compete ao Plenário: – julgar os recursos de decisões proferidas pelo pleno das secções criminais; – conhecer dos conflitos de competência entre os plenos das secções e entre secções; – exercer as demais competências atribuídas por lei.

---

<sup>20</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 201.



O pleno das secções especializadas funciona nos mesmos moldes que o Plenário, com as necessárias adaptações. Cabe ao Pleno das secções, segundo a sua especialização: – julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembléia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções; – julgar os recursos de decisões proferidas em primeira instância pelas secções; – uniformizar a jurisprudência, nos termos da lei do processo. Compete ainda ao pleno das respectivas secções conjuntas, se a matéria do conflito respeitar à especialização de mais do que uma secção, conhecer dos conflitos de competência entre Tribunais de Relação, entre estes e os tribunais de primeira instância e, ainda, entre estes últimos, quando pertençam a diferentes distritos judiciais ou se encontrem sediados em área de distintos Tribunais de Relação. Às secções, consoante a respectiva especialização, compete, no essencial. (...)” (grifou-se)<sup>21</sup>

Portanto, os bons exemplos colhidos no direito comparado auxiliaram sobremaneira o Poder Constituinte Originário pátrio a manter a função uniformizadora no Texto Constitucional, reconhecendo a sua relevante função no campo jurídico-social.

## 5 UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA: COMO FAZER?

Definida a função do Superior Tribunal de Justiça e suas relações com o direito comparado, resta a indagação: como uniformizar o entendimento do direito infraconstitucional tão apregoado pela doutrina e pela jurisprudência?

Não se afigura difícil chegar à resposta: decisão reiterada de julgados por determinada Corte de Justiça no mesmo sentido da sua proclamação em julgamentos pretéritos.

---

<sup>21</sup> Competência do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.pt>>. Acesso em 17 de julho de 2002.

Mas, para a compreensão do tema, é preciso entender o conceito de jurisprudência, afinal, sem ele, não há o que uniformizar.

É certo que o termo “jurisprudência” admite numerosas designações (enfoque lato, etimológico, doutrinário-jurídico, teórico e prático), mas, buscando evitar fugas ao tema e diante da natureza pragmática do presente trabalho, limitaremos ao conceito mais apropriado definido por MANCUSO:“(...) o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico”<sup>22</sup>.

Igualmente, não se pode estudar jurisprudência sem se afastar a possibilidade de divergência nos veredictos.

Afinal, a jurisprudência não implica distorcer o princípio da isonomia e a norma que prevê o livre acesso ao Judiciário para obter decisões iguais para os mesmos casos. Se isso ocorresse, estaríamos na vigência da Súmula Vinculante no País, afastando-se por completo do livre convencimento motivado do juiz ao decidir a lide.

A jurisprudência, portanto, não significa o que Mancuso<sup>23</sup> atribui de produto estatal primário, mas importante incremento que se adiciona à prestação jurisdicional.

Outros insignes doutrinadores, como ALFREDO BUZOID, conceituam a jurisprudência como sendo “o complexo de decisões proferidas pelo Poder Judiciário no desempenho da função jurisdicional”. E acrescenta:

“A jurisprudência, no sentido versado aqui, forma-se pela interpretação do direito aplicável (o que incidiu), nos casos extremos. As soluções dadas, servem de referência noutros casos cujas circunstâncias de fato sejam idênticas, ou se assemelhem, vão se formando

---

<sup>22</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 27.

<sup>23</sup> Idem, p. 21.

máximas abstratas, instituindo regras, traduzindo uma exegese uniforme de aplicação do direito, constituindo um corpo de julgados, valendo como precedentes, que os tribunais e juízes de primeiro grau costumam observar.”<sup>24</sup>

A importância de se interpretar a lei, conferindo-lhe o exato alcance por meio da reiteração de decisões (formando a jurisprudência), foi destacada por CARLOS MAXIMILIANO na obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, *verbis*:

“(…) as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”<sup>25</sup>.

A jurisprudência tem outro aspecto fundamental. Considerada fonte formal de Direito para alguns, a reiteração de julgados apresenta a perspectiva latente de se modificar a interpretação atribuída ao comando normativo, adaptando-se à evolução social, sem que isso implique modificação legislativa da lei (bastante lenta, por sinal, ante a dependência do Poder Legislativo). A propósito, relevantes são as considerações de ANGEL LATORRE sobre o tema:

“O trabalho dos tribunais não se tem limitado nem podia limitar-se à aplicação mecânica das leis, mas eles têm-

---

<sup>24</sup> BUZAID, Alfredo. Conferência publicada na Revista de Doutrina e Jurisprudência, do TJDF. nº 15, agosto/1984. In: BRITO, Washington Bolívar de. op. cit, p. 57.

<sup>25</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. In: op. cit, p. 58.

nas interpretado e adaptado com grande flexibilidade às variáveis necessidades sociais e à infinita variedade dos problemas práticos que a realidade apresenta dia a dia. Para o jurista, a jurisprudência tem tanta importância como a lei, e sem ela não pode conhecer-se a autêntica fisionomia dum direito.”<sup>26</sup>

Mancuso, embora não considere a jurisprudência fonte formal de direito – argumenta inexistir força vinculativa das decisões reiteradas nos Tribunais – reconhece o seu poder decisório a ponto de considerá-la “meio suplementar de integração do Direito” e, após colacionar outros doutrinadores partidários da jurisprudência como fonte formal, atribui, no futuro, a sua inevitável inclusão no texto legal como fonte de direito – como ocorre expressamente na Consolidação das Leis Trabalhistas (art. 8º):

“Já a jurisprudência, tomada no sentido de ‘coleção sistemática de acórdãos de um Tribunal ou de uma Justiça, consonantes sobre um mesmo tema’, representa o produto final da atividade judiciária, e assim seria um ilogismo alçá-la à condição de fonte, visto ser esta última palavra naturalmente reportada à origem do objeto investigado.

De outra parte, parece mais adequado enquadrar a jurisprudência como meio suplementar de integração do Direito, porque ela deriva da subsunção de cada fato concreto às normas de regência, e assim carece do trinômio generalidade — impessoalidade — abstração, que caracteriza a norma legal. Nesse sentido, Rubens Limongi França, ao resenhar os argumentos postos por François Géný contra a possibilidade de a jurisprudência constituir-se em costume *sui generis* ou fonte formal do Direito, pondera: ‘do momento em que se erigisse a jurisprudência em fonte formal positiva, ela continuaria sujeita a variações e contradições, sem oferecer, por sua constituição mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica.

(...)

---

<sup>26</sup> LATORRE, Angel. Introdução ao Direito. In: op. cit, p. 59.

E assim a jurisprudência, apesar da sua crescente importância na praxis forense, não se constituiu (ainda...) numa verdadeira fonte formal do direito (= causa de conduta obrigatória e geral; comando abstrato para fazer ou não fazer), nem vem prevista dentre as fontes formais secundárias (como se dá, *v.g.*, com a equidade – CPC, art. 127), sem embargo de que o art. 8º da CLT autoriza o seu emprego, no plano subsidiário.  
(...)

Atualmente, cogita-se de um novo texto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, esclarecendo Carlos Aurélio Mota de Souza que ali se estabelece ‘o dever do juiz decidir, na falta de lei, segundo a analogia, os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do direito; reconhece, portanto, a jurisprudência como fonte do direito, depois dos costumes e antes da doutrina’. Portanto, é possível, de *lege ferenda*, a jurisprudência acabe francamente recepcionada dentre as fontes formais subsidiárias (como já ocorre na Justiça do Trabalho – CLT, art. 8º), notadamente quando venha potencializada pela emissão de súmula.”<sup>27</sup>

CHRISTIANE BOULOS filia-se à corrente que considera a jurisprudência fonte formal do direito, tecendo as seguintes considerações:

“A democracia não pode sobreviver onde os direitos dos indivíduos não sejam respeitados, não tenham proteção, o mesmo se aplicando às liberdades fundamentais. Democracia não se reduz à idéia de maioria; significa, acima de tudo, participação, tolerância e liberdade. Dentro desse raciocínio, resta-nos, pois, concluir que a jurisprudência é fonte de Direito, por mais numerosas que sejam as vozes contrárias; atribuir-lhe força vinculante viria trazer maior segurança ao sistema jurídico e, principalmente, a seus usuários, espírito esse com que deverá ser incrementado o incidente processual da uniformização de jurisprudência.”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, p. 57/63.

<sup>28</sup> *Idem.* p.126.

Se, no campo doutrinário, há divergências, na prática, desde as petições iniciais até as sentenças, o aumento demasiado da colação de julgados para reafirmar o entendimento dos Tribunais acerca de determinada matéria demonstra a força normativa da jurisprudência e o respeito no meio jurídico apto a considerá-lo fonte de direito:

“No ponto, anota Arnaldo Vasconcellos que ‘aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, mas sua particular interpretação. Se assim acontece, torna-se mais importante, não propriamente o que a lei parece ter pretendido dizer, mas o que os tribunais afirmam que realmente ela diz’. Eis a razão, aduz o magistrado paulista Marco Antonio Botto Muscari, ‘porque advogados invocam, desde a petição inicial, a orientação firmada pelos tribunais relativamente à tese que estão defendendo, enquanto magistrados recheiam sentenças e acórdãos com citações de jurisprudência confortadora da solução adotada. Hoje em dia, o número de páginas dedicadas ao acervo jurisprudencial é freqüentemente maior que o das destinadas à análise dos textos legais e doutrinário.’”<sup>29</sup>

Apesar dos posicionamentos contrários, concluímos ser a jurisprudência fonte formal do direito pela orientação que fornece aos operadores do direito acerca da melhor interpretação ao comando normativo, construindo o entendimento que será seguido reiteradamente no mundo jurídico.

A uniformização, conseqüência lógica da jurisprudência, significa manter-se na mesma linha decisória, em ordem a assegurar a estabilidade dos veredictos e das relações jurídicas.

Pede-se vênia, mais uma vez, para transcrever MANCUSO, citando Álvaro Villaça Azevedo, *verbis*:

---

<sup>29</sup> Idem. p.124.

“Não pode haver jurisprudência sem que haja uniformização’ (...); ‘esse reforço de sentido não lhe prejudica o entendimento, pelo contrário, vem a demonstrar que a uniformização de jurisprudência há que compreender-se como um entendimento judiciário dominante e racionalizado, de forma oficial, com sentido prático de orientação ante as encruzilhadas que se formam nas interpretações nos vários caminhos da justiça.”<sup>30</sup>

Mais à frente, o autor conceitua a uniformidade como valor agregado à jurisprudência, alcançando esse mister o ideal de justiça:

“Enunciados desse teor (comentando as súmulas 83/STJ e 286/STF), assentados em súmula, são a maior evidência de que a uniformidade é um valor positivo, que se agrega à jurisprudência, qualificando-a, potencializando sua eficácia, e assim contribuindo para o ideal da justiça.”<sup>31</sup>

Portanto, os termos “jurisprudência” e “uniformidade” são indissociáveis, necessitando, no meio jurídico, de harmonia e união.

E essas expressões, no Superior Tribunal de Justiça, ganham notável relevo, diante de sua função constitucional destacada anteriormente.

## **6 A MISSÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA CRIMINAL**

Em matéria criminal, a missão institucional não é diferente: cabe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar o entendimento da norma infraconstitucional penal e processual penal.

---

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

<sup>31</sup> Idem, p. 132.

Essa uniformização ocorre tanto na interpretação dos Códigos Penal e Processual Penal, bem como na legislação extravagante (penal e processual) e, no Superior Tribunal de Justiça, realiza-se pela 3ª Seção (que abrange a 5ª e 6ª Turmas, composta cada uma por cinco Ministros).

O Regimento Interno do STJ, aliás, define essa atribuição:

“Art. 2º. O Tribunal funciona:

(...)

§ 4º. As seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

(...)

Art. 9º. A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º. À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

I – matéria penal em geral.”<sup>32</sup>

Em matéria penal, a missão do Superior Tribunal de Justiça ganha maior relevo, por envolver o *status libertatis* dos cidadãos.

Assim, decisões judiciais na Corte Superior exigem, mais do que em qualquer outro Tribunal, uniformidade jurídica, a fim de que não surjam decisões contraditórias, constituindo-se casos isolados e que repercutam desigualmente em réus condenados pelos mesmos delitos.

Daí a importância de, como órgão incumbido de uniformizar o entendimento do direito federal, o Superior Tribunal de Justiça manter

---

<sup>32</sup> Portanto, todos os julgados aqui enfocados são provenientes da 5ª e 6ª Turmas ou da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.



posicionamentos coerentes, construindo jurisprudência apta a promover estabilidade social e jurídica.

## 7 FUNÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA CRIMINAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ABORDAGEM PRÁTICA E CRÍTICA

A criação do Superior Tribunal de Justiça instituiu, como visto, novo Órgão encarregado de uniformizar o entendimento do direito infraconstitucional.

Mas apenas a introdução desse qualificado Colegiado não serviria para cumprir esse papel na órbita jurídica.

Por isso mesmo, o legislador inseriu normas processuais que reafirmassem a tendência à uniformização nos Tribunais e prevenção à divergência. Como exemplo, no campo processual civil observaram-se os seguintes arranjos: a) a reunião de causas conexas; b) o instituto da prevenção; c) a cumulação de pedidos; d) as exceções peremptórias; e) os embargos de divergência e os incidentes de uniformização; e f) a possibilidade de se negar seguimento a recurso manifestamente infundado ou protelatório ou contrário à jurisprudência da Corte competente para o recurso (art. 557, § 1º, do CPC).

No campo processual penal, a reunião de feitos pela conexão ou continência (arts. 76/78), o instituto da prevenção (art. 83), a revisão criminal a qualquer tempo, mesmo após a extinção da pena (art. 622), para corrigir sentença condenatória contrária ao texto da lei (art. 621, I) e a interpretação extensiva e aplicação analógica do CPC nas questões que não contrariem a lei processual penal (art. 3º) constituíram importantes previsões legislativas em ordem a prevenir a uniformidade das decisões em casos semelhantes.

Na legislação extravagante, observaram-se sensíveis alterações no Código de Defesa do Consumidor (a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada – efeitos *erga omnes, ultra partes, in utilibus e secundum*

*eventum litis* – e a extensão dos efeitos da decisão conforme o dano verificado – local, estadual ou até nacional) e na Lei de Ação Civil Pública (efeitos *erga omnes*).

Na Justiça do Trabalho, observou-se a possibilidade da interposição de recurso de revista quando o acórdão divergir do enunciado em Súmula de Jurisprudência Uniforme do TST (art. 896, “a”, da CLT).

No mesmo sentido, os próprios Ministros daquela Corte preocuparam-se demasiadamente com a inserção de institutos que destacassem a função estabilizadora de seus julgados (entre as quais, a uniformização de jurisprudência e as súmulas), inserindo-os no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – o que será visto mais detidamente na conclusão.

Apesar de todos os incrementos legislativos, a indagação que hoje se faz é: no campo prático, será que o Superior Tribunal de Justiça vem cumprindo a sua missão institucional? Decisões das Turmas e da Seção que compõem a esfera criminal do Superior Tribunal de Justiça, em numerosas ocasiões, têm demonstrado que a função vem se distanciando da que deveria ser.

## **8 OS CONFLITOS DE JURISPRUDÊNCIA**

### **8.1 O ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMO CRIMES HEDIONDOS, EM TODAS AS SUAS MODALIDADES.**

Há muito o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o estupro, em todas as modalidades – simples, qualificada e presumida – configurariam hipóteses de crimes hediondos. Isso porque, de acordo com o artigo 1º, incisos V e VI, da Lei 8.072/90, a conjunção aditiva “e” prevista no texto abrangeria todas as formas dos artigos 213, *caput* e 214, *caput* (simples e mediante violência presumida – art. 224), do Código Penal, além das formas qualificadas previstas no artigo 223, *caput* e parágrafo único, do mesmo Estatuto. Assim, os referidos tipos sexuais impossibilitariam a

progressão de regime (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90). Numerosas ementas de acórdãos oriundos do STJ ratificaram esse entendimento:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. REGIME PRISIONAL. 1. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados, (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei 8.072/90, Art. 2º, § 1º). 2. Exsurge claramente da redação da Lei 8.072/90, Art. 1º, que o crime de atentado violento ao pudor – assim como o estupro – foi considerado hediondo em qualquer de suas formas, simples e qualificada. 3. Recurso conhecido e provido.”<sup>33</sup>

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. – TANTO A FORMA SIMPLES (CP ART. 214), COMO A VERSÃO QUALIFICADA (CP ART. 223, ‘CAPUT’, E PAR. ÚNICO), AMBAS INSEREM-SE NA CLASSIFICAÇÃO PREVISTA NO ART. 1. DA LEI 8.072/1990. VEDADA, NO CASO, A LIBERDADE PROVISÓRIA. – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.”<sup>34</sup>

Entretanto, o Órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência das leis federais, surpreendentemente, começou a mudar a sua linha jurisprudencial consolidada há mais de uma década:

“PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO SEM VIOLÊNCIA REAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1 - Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, somente o estupro praticado com violência real (lesão

<sup>33</sup> STJ – Resp. 136.504/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ de 01/02/99, seção I, p. 225.

<sup>34</sup> STJ – RHC. 6633/SPM, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 15/09/97, seção I, p. 44399. No mesmo sentido: STJ – HC. 10.814/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 14/02/2000, seção I, p. 0054, RSTJ 130/406 e STJ – REsp. 92.640/ES, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 03/03/97, seção I.

corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito na sua forma simples (art. 213), há possibilidade de progressão do regime prisional, haja vista que as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas de maneira restritiva. Precedente do STF.

2 - Ordem concedida.”<sup>35</sup>

“PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SEM VIOLÊNCIA REAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1 - Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, somente quando há violência real (lesão corporal grave ou morte) é que se considera hediondo o estupro ou atentado violento ao pudor, motivo pelo qual, na espécie, perpetrados esses delitos nas suas formas simples (arts. 213 e 214), há possibilidade de progressão do regime prisional, haja vista que as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas de maneira restritiva. Precedente do STF.

2 - Ordem concedida.”<sup>36</sup>

Duas particularidades merecem destaque: apenas a 6ª Turma do STJ mudou o seu posicionamento, pois a 5ª Turma mantinha-se – vacilando em casos específicos – fiel ao posicionamento anterior de sua própria jurisprudência.

Em segundo lugar, o julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 78.305, Rel. Min. Néri da Silveira) resultou de precedente isolado da 2ª Turma (e não do Plenário), sem falar na situação fática do caso, que definia a situação de eclesiástico que cumpria a pena na residência do arcebispo de Mariana (MG) e possa ter sensibilizado os integrantes daquele Órgão fracionário da Corte Suprema (a particularidade fática não tem o condão de modificar o juízo de “direito”).

---

<sup>35</sup> STJ — HC 10.260/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 01/08/2000, seção I, p. 342.

<sup>36</sup> HC 10.287/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 12/06/2000, seção I, p. 136.

Diante da celeuma criada, indagou-se: qual o motivo da radical mudança do entendimento sufragado há tantos anos? Afinal, não houve alteração legislativa na norma processual, tampouco na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) ou modificação expressiva de composição das Turmas do STJ.

A conseqüência disso foi grave: muitos Tribunais de origem acolheram integralmente a modificação. Veja a ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT, *verbis*:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CABIMENTO. MATÉRIA NOVA. COMPETÊNCIA DO TJDF. PRÁTICA DE ESTUPRO SEM OCASIONAR À VÍTIMA LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. INTELIGÊNCIA HODIERNA DO ART. 1º, INCISO V, DA LEI Nº 8.072/90. DELITO PERPETRADO NA MODALIDADE SIMPLES. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DESTA CORTE.

(...)

II - De acordo com abalizada jurisprudência que se firma, o paciente não praticou crime hediondo, mas estupro na modalidade simples, não podendo ser tratado como se o tivesse. Destarte, nada justifica impedir a fruição dos direitos advindos do afastamento do óbice previsto no § 1º do art. 2º da Lei nº 98.072/90.

(...).”<sup>37</sup>

A partir daí, o entendimento parecia encaminhar-se para a pacificação no sentido oposto à jurisprudência reinante no STJ há anos. Tanto é assim que numerosas decisões dos Tribunais estaduais (como o TJDFT) chegaram a consignar a inadmissibilidade de recursos especiais, na origem, interpostos contra o novo posicionamento da Corte Superior, invocando a Súmula 83,

---

<sup>37</sup> TJDFT – HC 2000002003099-5, Rel. Des. Getúlio Pinheiro, DJ 09/08/2000, seção III, acórdão nº 128.081. No mesmo sentido: TJDFT – HC 2000002000219-9, Rel. Des. Getúlio Pinheiro, DJ 14.06.2000, seção III, acórdão nº 126.028.

do STJ — que impede o processamento de irresignações que confrontarem com matéria jurídica pacificada na Corte *ad quem*<sup>38</sup>.

A instabilidade que se criou nos Tribunais estaduais foi grande. Tanto é assim que a em. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias publicou, no suplemento *Direito e Justiça* do *Correio Braziliense* (publicado em 27 de agosto de 2001), matéria cujo título era “Estupro, crime duplamente hediondo”, atacando rigorosamente o novo posicionamento do STJ:

“Dita orientação, felizmente não unânime, além de flagrantemente contrária à lei, revela nítido caráter sexista, pois deixa de atentar que a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte. É evidente que não é a impossibilidade para o desempenho das ocupações habituais por mais de trinta dias ou a aceleração do parto, por exemplo, que fazem do estupro um crime ‘-qualificado’, sendo classificado como ‘simples’ se resultar gravidez. Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível. Como as lesões psicológicas são irreversíveis, afirmar que o estupro ‘simples’ escapa à regulamentação da Lei nº 8.072/90, além de evidenciar flagrante desrespeito à lei, também afronta os princípios constitucionais que asseguram a

---

<sup>38</sup> Recurso Especial na Apelação Criminal nº 2000041009780-2, do TJDF, Recurso Especial na Apelação Criminal nº 1999011056847-5, Recurso Especial no Recurso de Agravo nº 20000011074222-7, Recurso Especial no Recurso de Agravo nº 2000011092682-0 e Recurso Especial na Apelação Criminal nº 200000910026520, todos interpostos pelo MPDFT, mas inadmitidos na origem pelo Presidente do TJDF.

igualdade e veda a discriminação em razão do sexo. Igualmente deixa à mostra o descumprimento dos tratados internacionais, em especial a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi subscrita no Brasil.

A Justiça, ao abrandar a incidência da lei sobre o réu, acaba punindo a vítima, que ainda é vista como objeto sexual, havendo a tendência de fazer recair sobre ela boa parte da responsabilidade pelo acontecido. A exigência da lesão grave ou morte acarreta verdadeira banalização do delito, cuja vítima é a mulher, operando verdadeira violência institucional contra o direito penal.” (sublinhou-se).

Mas o Pretório Excelso mudou o seu entendimento. Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal reviu o posicionamento isolado anterior e impossibilitou ao condenado por estupro “simples” a progressão de regime. A propósito, o Informativo do STF nº 288 publicou o veredicto da Corte Suprema:

“Título: Estupro: Crime Hediondo

Concluindo o julgamento de *habeas corpus* afetado ao Plenário pela Segunda Turma (v. Informativos 251 e 252), o Tribunal, por maioria, decidiu que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o reconhecimento do direito de condenado por estupro contra descendentes, do qual não resultou lesão corporal grave ou morte, à comutação da pena com base em decreto presidencial que excluiu de seu âmbito os crimes hediondos. Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, relator, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio, que deferiam a ordem para assegurar ao paciente a comutação da pena, por considerarem que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor só se caracterizariam como hediondos se deles resultar lesão corporal grave ou morte [Lei 8.072/90, art. 1º: “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou

tentados: ... V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);...”]. Leia na seção de Transcrições deste Informativo o inteiro teor do voto condutor da decisão. HC 81.288-SC, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, red. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, 17.12.2001.(HC-81288)”

A decisão do STF também produziu efeitos no STJ. Tanto é assim que a 5ª Turma retornou ao posicionamento originário da Corte – desta vez, sem precedentes isolados. Mas isso não ocorreu na 6ª Turma, que se manteve fiel à progressão de regime nos casos de crimes sexuais, em suas formas simples. É o que se depreende dos seguintes excertos:

“CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. LEI Nº 8.072/90. VEDAÇÃO LEGAL À PROGRESSÃO. ORDEM DENEGADA.

O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedente do STF.

A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei nº 8.072/90 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

Ordem denegada.”<sup>39</sup>

“HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA OU FICTA. CRIME NÃO HEDIONDO.

1. Da interpretação sistemática da Lei 8.072/90, resulta que os crimes de estupro e de atentado violento ao

---

<sup>39</sup> STJ – HC 19.478/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 29.04.2002, seção I, p. 268. Idêntica compreensão: STJ – Resp 269.825/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 29.04.2002, seção I, p. 276.



pudor somente se classificam como hediondos nas suas formas qualificadas, isto é, quando deles resultam lesões corporais de natureza grave ou morte (artigo 223 do Código Penal). Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Ordem concedida somente para afastar a natureza hedionda do crime perpetrado pelo paciente.”<sup>40</sup>

Diante do impasse, novamente, os Tribunais de Justiça passaram a admitir o processamento de recursos especiais em que se discutia a matéria, afastando a aplicação da malfadada Súmula 83/STJ.<sup>41</sup>

A polêmica na questão jurídica permanece: enquanto as duas Turmas Criminais do STJ divergirem entre si, a sorte de numerosos condenados que impetrarem *habeas corpus* dependerá da distribuição dos feitos no Superior Tribunal de Justiça.

Isso sem falar na instabilidade que se cria nos presídios brasileiros. Afinal, réus condenados por crimes sexuais e que possuem condições financeiras suficientes poderão contratar advogados e levar as causas até o Superior Tribunal de Justiça, enquanto outros dependerão de instituições de prestação jurídica gratuita, como a Defensoria Pública e os Centros de Assistência Judiciária das Faculdades e Universidades do Distrito Federal, que não dispõem das mesmas condições materiais e de tempo para agirem de igual forma.

A matéria requer, portanto, maiores atenções dos julgadores, em ordem a dirimir a grave controvérsia, principalmente por se tratar de violação, em tese, de um dos direitos mais sagrados do cidadão.

---

<sup>40</sup> STJ - HC 18461/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 29.04.2002, seção I, p. 327. No mesmo sentido: STJ — RESP 369073/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01.04.2002, seção I, p. 230.

<sup>41</sup> Recurso Especial no Recurso de Agravo nº 2000.01.1.070254-5, publicado no DJ de 07.05.02, seção III, p. 129.

## 8.2 A REINCIDÊNCIA E O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

O assunto em tela envolve a divergência jurisprudencial mais delicada do Superior Tribunal de Justiça, em matéria criminal.

O artigo 33, do Código Penal — que define o regime inicial de cumprimento da pena — silenciou quanto aos réus reincidentes.

Diante da omissão do legislador, interpretou-se haver imperiosa aplicação do regime fechado de cumprimento da pena aos condenados reincidentes. Argumentavam que os demais regimes prisionais representavam meros benefícios àqueles condenados pela primeira vez ou ultrapassado o prazo que o artigo 64, do CP, determina (os chamados tecnicamente primários e/ou não-reincidentes).

Assim, independentemente do *quantum* fixado na sentença, os reincidentes deveriam cumprir a pena no regime fechado.

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu:

“- DIREITO PENAL. PENA. REINCIDENTE. REGIME PRISIONAL. SENDO REINCIDENTE O RÉU CONDENADO, DEVE SER FIXADO. O REGIME INICIAL FECHADO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA INFERIOR A 4 ANOS.

- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”<sup>42</sup>

“PENAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL. CONDENADO REINCIDENTE. CP, ART. 33, PARÁGRAFO 2º, B.

- A DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRA O

---

<sup>42</sup> STJ – RESP 149263/DF, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/06/1998, seção I, p. 137.

PROCESSO DE SUA INDIVIDUALIZAÇÃO, COMO PREVISTO NO ART. 59, DO CÓDIGO PENAL, E DEVE OBEDECER OS RIGOROSOS PARÂMETROS INSCRITOS NO ART. 33, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, ONDE HÁ EXPRESSA PREVISÃO DE QUE O REGIME INICIAL SEMI-ABERTO SOMENTE É DEFERIDO AO CONDENADO NÃO-REINCENTE.

- INTELIGÊNCIA DO ART. 33, PARÁGRAFO 2º, B, DO CÓDIGO PENAL.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.”<sup>43</sup>

Entretanto, a própria Corte Superior modificou sua orientação a partir de precedente do Ministro L. V. Cernicchiaro, que, por questões humanitárias e pragmáticas (superlotação dos presídios e a conseqüente impossibilidade de ressocialização dos condenados nas prisões), permitiu o cumprimento do regime inicial semi-aberto àqueles reincidentes, mesmo não havendo previsão legal. As ementas dos julgados seguintes (incluindo a do Min. Cernicchiaro) registram o seguinte teor:

“RESP - PENAL - REINCIDÊNCIA - O disposto no art. 33, § 2º, alíneas a e c, do Código Penal, impõe o regime inicial fechado ao réu reincidente. Há, porém, que se atender às particularidades do caso, sob pena de ofensa ao Princípio da Individualização da Pena. É fundamental observar os requisitos objetivos e subjetivos, mesmo quando tratar-se da reincidência. Não há porque dar ao réu que não demonstra possuir grau de culpa intensa, cuja personalidade e conduta não revelam traços de periculosidade ou de temerabilidade social, o mesmo tratamento dado a

---

<sup>43</sup> STJ – RESP 134598/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 11/05/1998, seção I, p. 163. No mesmo sentido: RESP 68136/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 29/04/1996, seção I, p. 13428; RESP 63495/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 28/08/1995, seção I, p. 26688 (publicado na RT, v. 725, p. 533) RESP 27864/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. L. V. Cernicchiaro, DJ 17/05/1993, seção I, p. 9365; RESP 6221/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Carlos Thibau, DJ 22/04/1991, seção I, p. 4799 (publicado na RSTJ, v. 23, p. 348); RESP 3073/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Carlos Thibau, DJ 30/09/1991, seção I, p. 13500 (publicado na RSTJ, v. 26, p. 340).

quem é participante de criminalidade de alta periculosidade. No caso dos autos, o elemento subjetivo impede a concessão do requerido no Especial.”<sup>44</sup>

“Penal. CONDENAÇÃO. Condenado reincidente. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME PRISIONAL. CP, art. 33, § 2º.

(...)

- Na compreensão sistemática das alíneas do § 2º, do art. 33, do Código Penal, a melhor exegese aponta no sentido de ser admissível a imposição do regime semi-aberto aos condenados reincidentes cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, consideradas as demais circunstâncias judiciais (art. 59) em plano favorável.

– Recurso especial conhecido e desprovido.”<sup>45</sup>

Diante da divergência, a matéria chegou à 3ª Seção (encarregada de uniformizar a jurisprudência criminal do Superior Tribunal de Justiça) para decidir a controvérsia firmada pelas Turmas. E assim foi feito, mas retornando ao entendimento original (regime inicial fechado aos reincidentes):

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. PENA. REINCIDENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO.

A teor do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, sendo reincidente o réu condenado, impõe-se o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena reclusiva, ainda que inferior a 4 anos.

(...)”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> STJ – RESP 187881/SP, 6ª Turma, Rel. Min. L. V. Cernicchiaro, DJ 21/06/1999, seção I, p. 208.

<sup>45</sup> STJ – RESP 203584/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22/05/2000, seção I, p. 147, publicado na RSTJ, v. 135, p. 632. No mesmo sentido: STJ – RESP 175207/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 17/12/1999, seção I, p. 405; STJ – RESP 184774/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 22.11.1999, seção I, p. 204 e republicado no DJ 29.11.1999, p. 214, publicado na RSTJ, v. 127, p. 497; STJ – RHC 10313/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 18/09/2000, seção I, p. 142 e STJ – RHC 9271/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28/02/2000, seção I, p. 95.

<sup>46</sup> STJ – ERESP 196940/DF, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 06/11/2000, seção I, p. 191 (publicado na RSTJ, v. 140, p. 475).

Encerrada a celeuma, a tendência era o Superior Tribunal de Justiça seguir a linha traçada pela Seção e manter o regime inicial fechado para os reincidentes.

Muito pelo contrário: os julgados seguintes ignoraram a orientação da própria Seção, voltando a permitir o regime semi-aberto aos reincidentes:

“CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO IMPROPRIAMENTE FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE DO CRIME. RÉU REINCIDENTE. CONDENAÇÃO INFERIOR A 04 ANOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

Na ausência de óbice legal, o réu reincidente, condenado à pena igual ou inferior a 04 anos e com condições favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto.

(...).<sup>47</sup>

“Penal. Processual penal. Condenação. Pena. Maus antecedentes e reincidência. Efeitos. Regime prisional. Direito à apelação em liberdade. Hipóteses.

(...)

- É de rigor a fixação do regime prisional semi-aberto na hipótese de condenado reincidente, com pena inferior a quatro anos, segundo a compreensão do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

(...)

Recurso ordinário parcialmente provido.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> STJ – HC 13247/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001, seção I, p. 171 (publicado na JBC, v. 41, p. 377).

<sup>48</sup> STJ – RHC 10258/SP; 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 26.03.2001, seção I, p. 473.

Então, pela segunda vez, a questão foi parar na 3ª Seção da Corte Superior. E quando todos esperavam a manutenção de seu julgado, o posicionamento foi exatamente o oposto:

“CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP. RÉU REINCIDENTE. CONDENAÇÃO INFERIOR A 04 ANOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. EMBARGOS REJEITADOS.

Na ausência de óbice legal, o réu reincidente, condenado à pena igual ou inferior a 04 anos e com condições favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto.

Embargos de Divergência rejeitados.”<sup>49</sup>

Houve divergência da própria Seção, com os mesmos integrantes, decidindo Embargos de Divergência absolutamente antagônicos, no espaço de apenas um ano.

E mais: ambas as decisões tomadas à unanimidade de votos!

Recentemente, a questão parece sinalizar-se para posicionamento definitivo, pois a Corte Especial aprovou, em 22 de maio de 2002, a Súmula 269 do STJ, que contém o seguinte teor: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

De qualquer sorte, as decisões tomadas pelo STJ geraram numerosas conseqüências no meio jurídico pátrio, especialmente no sistema carcerário, como será visto adiante.

---

<sup>49</sup> STJ – ERESP 206625/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 27/08/2001, seção I, p. 222.

### **8.3 O PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE**

Outro assunto que divide o Superior Tribunal de Justiça ocorre com o parcelamento do débito tributário negociado com o FISCO antes do recebimento da denúncia.

Amparadas nas alegações de boa-fé e de estarem em dia no cumprimento de suas obrigações com instituições credoras (Receita Estadual ou Federal), as empresas devedoras impetraram, em favor de seus dirigentes, nos Tribunais Estaduais – e posteriormente no Superior Tribunal de Justiça – *habeas corpus* a fim de se trancar a ação penal ou o inquérito contra o não-recolhimento dos impostos devidos aos cofres públicos no prazo legal. A discussão cingia-se à dicção do artigo 34, da Lei 9.249/95:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária e as Relações de Consumo), e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”(grifou-se).

As empresas argumentavam que o parcelamento do débito tributário com os órgãos de arrecadação equipara-se ao pagamento da dívida, apenas diferindo no tempo a quitação.

A questão, estritamente jurídica, foi parar no STJ. E assim foi feito: as duas Turmas que compõem a 3ª Seção aceitaram os argumentos das instituições privadas ao registrarem, em diversas ementas:

“PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE.

1. O ACORDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO

TRIBUTÁRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ENSEJA A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PREVISTA NO ART. 14 DA LEI 8.137/1990 (DISPOSITIVO VIGENTE À EPOCA DOS FATOS), PORQUANTO A EXPRESSÃO ‘PROMOVER O PAGAMENTO’ DEVE SER INTERPRETADA COMO QUALQUER MANIFESTAÇÃO CONCRETA NO SENTIDO DE PAGAR O TRIBUTO.

2. RECURSO NÃO CONHECIDO.”<sup>50</sup>

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. NÃO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Reiterada jurisprudência desta Corte no sentido de que o parcelamento da dívida tributária equivale a pagamento, acarretando a extinção da punibilidade do sujeito ativo da infração, nos termos do art. 34, da Lei 9.249/95.

Recurso conhecido, mas desprovido.”<sup>51</sup>

Mas as duas Turmas passaram a divergir entre si: enquanto a 6ª Turma se mantinha fiel à jurisprudência sedimentada sobre o tema, a 5ª Turma mudou diametralmente de posicionamento, ao asseverar:

---

<sup>50</sup> STJ – RESP 112211/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 04.08.1997, seção I, p. 34818.

<sup>51</sup> STJ – RESP 209818/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.12.2000, seção I, p. 225. No mesmo sentido: Resp 228.228/DF, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.10.2000, seção I, p. 163 (publicado na JBC, v. 39, p. 158), Resp 242.067/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.10.2000, seção I, p. 180 (publicado na LEXSTJ, v. 137, p. 383), Resp 200.632/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 25.09.2000, seção I, p. 129, Resp 254426/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 18.09.2000, seção I, p. 14, Resp. 222086/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 11.09.2000, seção I, p. 274, Resp 197853/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 28.02.200, seção I, p. 106, HC 9909/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 13.12.99, seção I, p. 164 (publicado na RT, v. 776, p. 554), RHC 9623/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.02.2001, seção I, p. 239, HC 10384/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.02.2001, seção I, p. 241, RHC 9761/MA, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 18.12.2000, seção I, p. 239, RHC 8943/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 19.09.2000, seção I, p. 161, HC 10413/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 02.05.2000, seção I, p. 183, Resp 197365/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.09.1999, seção I, p. 144 (publicado na RSTJ, v. 127, p. 499), entre outros numerosos julgados.



“SONEGAÇÃO FISCAL – ICMS – PARCELAMENTO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – INOCORRÊNCIA.

- O simples parcelamento do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, não enseja a extinção da punibilidade, conforme jurisprudência do STF.

- Recurso provido.”<sup>52</sup>

A 6ª Turma decidia contrariamente à outra Turma:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. DELITOS SOCIETÁRIOS. EXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI 8.137/90. PARCELAMENTO DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

(...)

- Em sede de crime contra a ordem tributária, ocorre a extinção da punibilidade com a concessão do parcelamento da dívida pela Administração antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 14, da Lei nº 8.137, de 1990, revigorado pelo art. 34, da Lei nº 9.249, de 1995.

(...)

– Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido.”<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> STJ – RESP 159633/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.06.2001, seção I, p. 201. No mesmo sentido: RESP 254881/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.06.2001, seção I, p. 218 e RESP 191294/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp (Rel. p. acórdão Min. Cid F. Scartezini), DJ 04/06/2001, seção I, p. 202; STJ – RHC 11182/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 04.02.2002, seção I, p. 414. Idêntica compreensão nos seguintes julgados: RHC 11809/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 25.02.2002, seção I, p. 401; EDResp 205257/DF, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.04.2001, seção I, p. 176; HC 12635/SC, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 19.03.2001, seção I, p. 123.

<sup>53</sup> STJ – RHC 11816/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 18.03.2002, seção I, p. 302. No mesmo sentido: STJ – RESP 249812/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 18.02.2002, seção I, p. 525; RESP 193521/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 20.08.2001, seção I, p. 543.

Duas particularidades na presente *quaestio iuris* merecem destaque: em primeiro lugar, até hoje não se procurou levar a discussão à Terceira Seção para, em sede de Embargos de Divergência, dirimir a controvérsia.

Em segundo lugar, a divergência é tamanha que, no mesmo *Diário de Justiça*, por mais de uma vez, consignou-se as duas correntes de jurisprudência no STJ, como se verifica nos seguintes julgados, *verbis*:

“PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO. PAGAMENTO PARCELADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

- Em sede de crime de apropriação indébita por omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, ocorre a extinção da punibilidade, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.137/90, revigorada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95, com a concessão do parcelamento do débito pela Administração, segundo a orientação jurisprudencial deste Tribunal.

(...)” (publicado no *Diário de Justiça* de 4 de março de 2002, pág. 294.)<sup>54</sup>

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REFIS. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

(...)

III – A extinção da punibilidade dos crimes relacionados ao recolhimento de tributos e contribuições de empresas beneficiárias do REFIS somente se verifica com o pagamento integral dos débitos parcelados.

Recurso parcialmente provido.” (publicado no *Diário de Justiça* de 04 de março de 2002, pág. 274.)<sup>55</sup>

<sup>54</sup> STJ – RHC 11170/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 04.03.2002, seção I, p. 294.

<sup>55</sup> STJ – RHC 12057/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 04.03.2002, seção I, p. 274.

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95.

I – A simples obtenção de parcelamento da dívida ou o pagamento de uma ou outra parcela antes do recebimento da denúncia não pode ser considerada como ato de ‘promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia’ para efeito de extinção da punibilidade (art. 34 da Lei nº 9.249/95).

II – Precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso provido.” (publicado no Diário de Justiça de 13 de agosto de 2001, pág. 202).<sup>56</sup>

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o parcelamento do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime disposto no artigo 95, alínea ‘d’, da Lei nº 8.212/91 (artigo 34 da Lei nº 9.249/95).

2. Recurso provido.” (publicado no Diário de Justiça de 13 de agosto de 2001, pág. 265).<sup>57</sup>

A missão do STJ, nesse ponto, continua longe de atingir a uniformidade jurisprudencial.

---

<sup>56</sup> STJ – RESP 218108/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 13.08.2001, seção I, p. 202.

<sup>57</sup> STJ – RHC 9559/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 13.08.2001, seção I, p. 265.

## 8.4 DIVERGÊNCIAS VINCULADAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em relação ao *parquet*, duas questões encontram graves vacilações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira delas diz respeito à intimação pessoal do membro do Ministério Público. Os artigos pertinentes à matéria dispõem o seguinte:

“Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

(...)

II - processuais:

h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar.” (ênfase acrescentada) (Lei Complementar nº 75/93).

“Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica.

(...)

IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através de entrega dos autos com vista”. (Lei nº 8.625/93).

“A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente”. (art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil).

“§4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.” (art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal).

Assim, nunca se olvidou que o membro do Ministério Público possui prerrogativa de receber os autos pessoalmente, sendo relevante a data de aposição do “ciente” como marco inicial de contagem dos prazos recursais, ainda que o serviço administrativo do *parquet* registrasse a entrada dos autos no órgão muito antes disso.

O STJ – acompanhando o posicionamento do Pretório Excelso – construiu a jurisprudência assim:

“- PRAZO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SÓ COMPUTÁVEL A PARTIR DA CIÊNCIA PESSOAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO, PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, E NÃO DESDE O SIMPLES INGRESSO DOS AUTOS EM SERVIÇO ADMINISTRATIVO DA PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA (LEI COMPLEMENTAR Nº 40-81, ART. 20, V). (...)”.<sup>58</sup>

“PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE SER FEITA PESSOALMENTE, FLUINDO O RESPECTIVO PRAZO A PARTIR DA CIENTIFICAÇÃO E NÃO DA REMESSA E RECEBIMENTO PELOS ORGÃOS ADMINISTRATIVOS DA INSTITUIÇÃO.”<sup>59</sup>

Entretanto, alguns doutrinadores e magistrados insurgiram-se contra certos abusos de integrantes do Ministério Público, que mantinham os processos por meses (às vezes anos) em seus escaninhos, mas aponto o ciente de modo a satisfazer a tempestividade da irrisignação.

E as duas Turmas da 3ª Seção modificaram seu posicionamento sufragado, passando a mitigar a interpretação dos referidos dispositivos processuais. É ler os seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. VISTA DOS AUTOS.

---

<sup>58</sup> Precedente do STF – Recurso Extraordinário Criminal nº 114.410/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 17.08.90, seção I, p. 7870.

<sup>59</sup> STJ – RESP nº 44630/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 01.08.94, seção I, p. 18668, publicado na RT, v. 709, p. 397. Idêntica compreensão nos seguintes julgados: STJ – RESP nº 120.267/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 04.08.97, seção I, p. 34836; RESP nº 110134/GO, 6ª Turma, Rel. Min. L. V. Cernicchiaro, DJ 05.05.97, seção I, p. 17154; RESP nº 67713/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 25.03.1996, seção I, p. 8549.

1 - A intimação pessoal do Ministério Público efetiva-se mediante a “entrega dos autos com vista” na Procuradoria (art. 41, IV, da Lei Complementar nº 75/93). É nesse momento que começa a fluir o prazo para a interposição de qualquer recurso, pois ao adotar aquela expressão não quis o legislador deixar ao arbítrio do membro do MP a decisão acerca do início do prazo recursal. 2 - Agravo regimental desprovido.”<sup>60</sup>

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTEMPESTIVIDADE. LEI 8625/93, ART. 41, IV.

1. Não obstante possuir o Ministério Público o privilégio da intimação pessoal, o seu prazo começa a fluir independentemente do lançamento do “ciente” nos autos pelo seu membro atuante. Caso contrário, estar-se-ia permitindo que o órgão acusador tivesse o total controle sobre os seus prazos processuais, em clara afronta aos princípios do devido processo legal e da igualdade das partes, norteadores do nosso Processo Penal.

2. Pedido de *Habeas Corpus* deferido para declarar a intempestividade do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual.”<sup>61</sup>

A partir daí, os julgados seguintes tiveram posicionamentos alternativos, ora sufragando o entendimento inicial, ora acolhendo a segunda corrente jurisprudencial:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. SENTENÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

---

<sup>60</sup> STJ – AGA 200690/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 01.03.1999, seção I, p. 431. Igual entendimento: RESP 189673/DF, 6ª Turma, Rel. Fernando Gonçalves, DJ 10.04.2000, seção I, p. 133, publicado no JSTJ, v. 16, p. 410.

<sup>61</sup> STJ – HC 14650/MG, 5ª Turma, DJ 05.03.2001, seção I, p. 196, publicado no JBC, v. 40, p. 198.

1. A intimação dos membros do Ministério Público, como é de sua prerrogativa funcional, é pessoal, sendo estranha ao seu aperfeiçoamento a simples entrega do processo no protocolo administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça (artigos 41, inciso IV, da LONMP e 18, inciso II, alínea “h”, da LOMPU).

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem denegada.”<sup>62</sup>

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRAZO RECURSAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. LC 75/93 E LEI 8.625/93.

1. O prazo recursal para o membro do Ministério Público começa a fluir com sua intimação pessoal, conforme determinação da LC 75/93, art. 18, II, “h”, e da Lei 8.625/93, art. 41, IV.

2. O recebimento do ofício intimatório pelo setor administrativo do Ministério Público, por não atender a exigência legal, não constitui marco inicial para a contagem do referido prazo, que deverá ser contado a partir do momento em que o membro ministerial teve ciência inequívoca da decisão recorrível.

3. Regimental provido.”<sup>63</sup>

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTREGA DOS AUTOS COM VISTA. INTIMAÇÃO REALIZADA POR MANDADO. AUSÊNCIA DE ARGÜIÇÃO OPORTUNA DA NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera mediante entrega dos autos com vista (artigos 18 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e 41, inciso IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

---

<sup>62</sup> STJ – HC 12485/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 25.06.2001, seção I, p. 240.

<sup>63</sup> STJ – AGA 338477/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.08.2001, seção I, p. 535.

2. Ao Membro do Ministério Público, enquanto titular do órgão da Instituição que integra, é assegurada, por determinação legal, a prerrogativa de ser intimado pessoalmente nos autos.”<sup>64</sup>

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. LONMP, ART. 41, IV; CPP, ART. 619, *HABEAS-CORPUS*.

- O Ministério Público, em face da relevância de suas atribuições institucionais, goza do privilégio processual de receber intimação pessoal, ex vi do art. 41, IV, da LONMP, intimação esta que se concretiza, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, com a comunicação efetuada por mandado ao Chefe da Procuradoria-Regional Federal ou do recebimento dos autos na Secretaria da Procuradoria-Regional.”<sup>65</sup>

Apesar de diversos julgados sobre o tema, a matéria exige pronunciamento definitivo a servir de orientação aos Tribunais Estaduais e uniformizar a jurisprudência do STJ.

A segunda questão jurídica divergente diz respeito à possibilidade de o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios-MPDFT interpor recursos nos Tribunais Superiores (STJ e STF).

Segundo a Constituição Federal, o MPDFT possui atuação perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios-TJDFT, podendo até mesmo interpor todos os apelos no Tribunal local e até mesmo os recursos constitucionais (Recusos Especial e Extraordinário) para as Cortes Superiores das decisões do TJDFT.

---

<sup>64</sup> STJ – AGA 399469/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 25.02.2002, seção I, p. 485.

<sup>65</sup> STJ – RESP 332644/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 18.03.2002, seção I, p. 309. No mesmo sentido do último julgado: AgRESP 299.130/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 04.02.02, seção I, p. 594; AgRESP 259.682/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 04.02.02, seção I, p. 588 e AgRESP 101.632/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 25.02.02, seção I, p. 455



O Ministério Público Federal-MPF, que possui atuação na esfera federal, tem a mesma legitimidade, só que no âmbito da justiça federal de primeiro grau e do Tribunal Regional Federal (competência dos Procuradores Regionais da República), além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (exercido pelos Subprocuradores-Gerais da República).

Aparentemente, o Texto Constitucional e a Lei Complementar nº 75/93 repartiram de forma escorreita a competência de cada ramo do Ministério Público da União.

Entretanto, a discussão ocorre quando o *parquet* do Distrito Federal, atuando como parte no processo penal tem, por exemplo, o seu recurso negado seguimento pelo Relator no Superior Tribunal de Justiça (art. 557, *caput*, do CPC), obstaculizando, com efeito, a apreciação da *quaestio iuris* pelo colegiado daquela Corte Superior.

Ora, é princípio constitucional a ampla defesa. Sendo assim, cabe à parte que se sentir prejudicada o direito de interpor o recurso cabível a fim de possibilitar a mudança da decisão desfavorável.

E assim ocorreu durante mais de uma década no Superior Tribunal de Justiça. O MPDFT – que possui um sistema de controle e acompanhamento de suas irresignações perante as Cortes Superiores – interpôs diversos recursos no STJ (Agravos Regimentais, Embargos de Declaração, Embargos de Divergência e até Recursos Extraordinários contra decisões do Superior Tribunal de Justiça), sem que se discutisse qualquer problema ligado à legitimidade. Em numerosas ocasiões, os apelos foram providos:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. USUÁRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO. SÚMULA 07. AGRAVO REGIMENTAL.

Por prerrogativa legal, o Ministério Público deve receber intimação pessoal em qualquer processo de qualquer grau de jurisdição. E esta intimação se efetua por meio de entrega dos autos com vista. É o que preceitua o art. 41, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93).

Constatado que o agravo de instrumento foi ajuizado tempestivamente, impõe-se o acolhimento do agravo regimental.

Na hipótese, ainda que tenha sido verificada a tempestividade do agravo de instrumento, correta a decisão hostilizada ao promover o trancamento do recurso especial cuja pretensão implica no reexame de provas produzidas para desclassificar o crime de tráfico de substância entorpecente para o de uso tipificado no artigo 16, da Lei nº 6.368/76, vedado a teor da Súmula nº 07-STJ.

Agravos Regimentais providos. Agravo de Instrumento desprovido.”<sup>66</sup> (ênfase acrescentada).

Outros recursos obtiveram, do próprio Relator que denegara o pleito do MPDFT, o juízo de retratação para dar provimento ao agravo regimental, superando a questão da legitimidade.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> STJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 172.901/DF, interposto pelo MPDFT em 28.08.98 e publicado no DJ 03.11.98, seção I, republicado no DJ de 18.02.99.

<sup>67</sup> STJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 181.457/DF, interposto pelo MPDFT em 29.08.98, publicado no DJ de 10.11.98, seção I. No mesmo sentido: STJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 181.516/DF, interposto pelo MPDFT em 15.03.2000, publicado no DJ de 30.03.00, seção I. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 246.476/DF, interposto pelo MPDFT em 16.11.1999, publicado no DJ de 01.02.00, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 292.934/DF, interposto pelo MPDFT em 20.06.2000, publicado no DJ de 24.08.00, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 275.265/DF, interposto pelo MPDFT em 29.05.2000, publicado no DJ de 21.08.00, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 244.856/DF, interposto pelo MPDFT em 20.08.99, publicado no DJ de 15.03.00, seção I.

Também houve recursos não-providos pelo Colegiado, mas por outros fundamentos que não a ausência de legitimidade do *parquet* do Distrito Federal.<sup>68</sup>

Entretanto, após muitos e muitos anos de jurisprudência sedimentada sobre o tema, o Órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência do direito federal resolveu modificar suas decisões.

Em 1999 – antes de alguns julgados supracitados –, o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça inadmitiu recursos extraordinários interpostos pelo MPDFT contra decisões de Recursos Especiais proferidos pelo STJ, sob o argumento de que o Ministério Público da União (que compreende os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) é uno e indivisível (art. 127, § 1º, da CF), sendo da competência do MPDFT atuar (e recorrer) no TJDF e para o STJ e o STF; e do MPF, entre outras funções, agir no STJ e no STF. Assim, os recursos nas Cortes Superiores, ainda que interpostos pelo MPDFT, somente poderiam ser articulados por Subprocuradores-Gerais da República (representantes do MPF no STF e no STJ):

“A eg. Sexta Turma desta Corte, por maioria, não conheceu do recurso especial intentado, nos termos da seguinte ementa:

‘CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO. RECURSO

---

<sup>68</sup> STJ – Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 108.944/DF, interposto pelo MPDFT em 11.11.1998; Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 166.894/DF, interposto pelo MPDFT em 03.10.1997; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 304.537/DF, interposto pelo MPDFT em 10.08.2000, publicado no DJ de 11.12.00, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 265.279/DF, interposto pelo MPDFT em 07.04.2000, publicado no DJ de 28.05.01, seção I, p. 217; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 193.561/DF, interposto pelo MPDFT em 14.12.99, publicado no DJ de 26.06.00, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 173.384/DF, interposto pelo MPDFT em 08.06.98, publicado no DJ de 22.11.99, seção I; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 173.384/DF, interposto pelo MPDFT em 02.12.99, publicado no DJ de 19.03.01, seção I; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 246.004/DF, interposto pelo MPDFT em 13.04.2000, publicado no DJ de 12.06.00, seção I.

ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO.  
ILEGITIMIDADE.

O Ministério Público, cujas atribuições encontram-se exaustivamente catalogadas no art. 129, da Carta Magna, não tem legitimidade para interpor recurso especial contra acórdão concessivo de *habeas corpus* que afastou o decreto de prisão civil exarado em ação na qual se discute inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, demanda instaurada entre pessoas de direito privado.

- Recurso especial não conhecido'

Irresignado, o *parquet* local interpôs recurso extraordinário com espeque na alínea "a", inciso III do permissivo constitucional, alegando, para tanto, negativa de vigência do art. 5º, XXXV e LXVIII; art. 105, III, "a", e art. 127, todos da Lei Maior.

O recurso esbarra em óbice preliminar. É que as funções do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se restringem às causas de competência do Tribunal de Justiça e Juízes do Distrito Federal e Territórios (art. 149, Lei 8.625/93, LC 75/93), logo, nesta Corte, não pode o *parquet* local recorrer como custos *legis* para o Pretório Excelso. *In casu*, refoge-lhe a legitimidade.

Junto à este Sodalício, somente poderão ser exercidas tais funções, por titular do cargo de Subprocurador-Geral da República (Lei 8.625/93, LC 75/93 e RISTJ).

Em razão disso, NÃO ADMITO o recurso."<sup>69</sup>

A partir daí, consolidou-se esse entendimento nas duas Turmas Criminais do STJ (5ª e 6ª Turmas) e na 3ª Seção, que dirimiu a controvérsia nos Embargos de Divergência, conforme se extrai dos seguintes julgados, *verbis*:

---

<sup>69</sup> Juízo de Admissibilidade pelo Presidente do STJ no Recurso Extraordinário interposto contra o Recurso Especial nº 111.280/DF, proferido pela 6ª Turma do STJ, publicado no DJ de 19.03.99, seção I. No mesmo sentido: Juízo de Admissibilidade pelo Vice-Presidente do STJ no Recurso Extraordinário interposto contra o Recurso Especial nº 150.112/DF, proferido pela 5ª Turma do STJ, publicado no DJ de 19.03.99, seção I; e Juízo de Admissibilidade pelo Presidente do STJ no Recurso Extraordinário interposto contra o Recurso Especial nº 113.658/DF, proferido pela 6ª Turma do STJ, publicado no DJ de 04.06.99, seção I.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DE RECURSO. CONTAGEM A PARTIR DO RECEBIMENTO DOS AUTOS COM VISTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante entendimento sufragado no âmbito da 3ª Seção, os Membros do Ministério Público de segundo grau, embora possam recorrer das decisões dos Tribunais Regionais e Estaduais, assim como, de resto, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, não têm legitimidade, de outro lado, para recorrer das decisões do Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a hipótese de o fazer, em sede de *habeas corpus*, em benefício do réu.

2. “A legitimidade para atuar nos Tribunais Superiores é conferida por lei ao Ministério Público Federal, por intermédio dos Subprocuradores-Gerais da República, no exercício do poder delegado pelo Procurador-Geral da República (art. 66, § 1º, da Lei Complementar 75/93).” (REsp 150.392/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 20/11/2000).

3. “Não se pode confundir o ato de recorrer para um Tribunal com o de atuar na própria Corte (Precedentes). Da mesma forma que um agente de primeiro grau do *Parquet* não pode sustentar oralmente uma apelação, interpor recurso especial ou opor embargos de declaração em segundo grau, um Procurador de Justiça ou, ainda, um Procurador Regional da República não pode, sem designação legalmente prevista, atuar na Corte Superior como se fosse Subprocurador-Geral da República.” (REsp 216.721/SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 16/10/2000).

4. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera por meio da entrega dos autos com vista (artigos 18 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e 41, inciso IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

5. Decerto, ao Membro do Ministério Público, enquanto titular do órgão da Instituição que integra, é assegurada, por determinação legal, a prerrogativa de ser intimado pessoalmente nos autos.

6. Tal prerrogativa, é igualmente indubitosa, assente à inquestionável exigência de se o ter em genuína proximidade com os autos do processo, revela a incompatibilidade legal de sua intimação mediante publicação no Diário de Justiça.

7. Daí porque, deduz-se, tais prerrogativas existem a reclamar a efetiva atuação da Instituição, realizada, dado o caráter inanimado da pessoa jurídica do Ministério Público, pelos seus órgãos, personificados nas pessoas de seus Membros.

8. Em sendo assim, mostra-se inafastável a conclusão de que, criando um setor de apoio próprio a realizar precipuamente a atividade de recebimento dos autos e imediato encaminhamento aos seus Membros, a Instituição, ela mesma, avoca, para si, o ônus dos trâmites internos e, em conseqüência, os gravames do tempo consumido no entrave burocrático.

9. Com efeito, exatamente porque criado, repita-se, pela própria Instituição, setor de apoio com finalidade tão específica, denota-se a impossibilidade de a intimação ser procedida diretamente na pessoa física do Membro do *Parquet*. Mas, registre-se, a cientificação se faz, inegavelmente, em conformidade com a determinação legal, certo que há de ser levada a efeito, insista-se, em obséquio das prerrogativas conferidas à Instituição.

10. Agravo regimental do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não conhecido, e improvido o do Ministério Público Federal.” (DJ 04.02.02).<sup>70</sup>

A particularidade das duas polêmicas é grave: sem embargo do vacilante posicionamento do órgão encarregado de uniformizar o direito federal, as duas polêmicas podem ensejar outro resultado preocupante no ordenamento jurídico.

---

<sup>70</sup> STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 299.130/DF, interposto pelo MPDFT. Igual ementa registrada no AGRESP nº 299130/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 04.02.02, seção I, p. 594. Idêntica compreensão: STJ – Embargos de Divergência no RESP nº 150.392/DF, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 20.11.2000, seção I, p. 266;. Embargos de Divergência no RESP nº 216.721/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2000, seção I, p. 282.

É que, como visto, a jurisprudência do STJ, por uma década aproximadamente (nos dois temas relatados), ratificou as teses: a) a intimação do membro do *parquet* é pessoal, iniciando-se o prazo a partir da sua ciência efetiva consignada nos autos; e b) permitiu ao MPDFT interpor recursos nos Tribunais Superiores nos casos em que figurou como parte.

Entretanto, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte modificou seus respectivos veredictos.

A questão que se indaga é: como ficariam os casos em que o MPDFT, vitorioso em Recursos Especiais no STJ, interpusesse as irresignações contando como termo *a quo* do prazo processual a efetiva ciência do Procurador de Justiça (no caso do MPDFT) e não da entrega dos autos ao órgão ministerial (como vem decidindo, ultimamente, o STJ)?

Em tese, o Recurso Especial protocolado fora do prazo legal constitui-se óbice intransponível ao êxito do apelo especial interposto pelo MPDFT. E se é assim, a decisão desfavorável ao réu no STJ poderia mesmo ser considerada nula de pleno direito e corrigida por meio de Revisão Criminal (art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal) ou até por *habeas corpus ex-officio*, não fora a doutrina de preservar-se a decisão que encontrasse amplo apoio na jurisprudência à época dominante<sup>71</sup> ou o veredicto tomado em momento de grande controvérsia nos Tribunais<sup>72</sup>.

O mesmo valeria para o segundo tema polêmico colacionado: o MPDFT saiu-se vencedor em numerosos recursos interpostos no STJ e no STF (em Agravos Regimentais, Embargos de Declaração, Embargos de Divergência e até mesmo Recursos Extraordinários interpostos das decisões do Superior Tribunal de Justiça). Assim, se o *parquet* do Distrito Federal e Territórios não possuísse tal legitimidade, – mas seus recursos foram providos –, a ilegitimidade do MPDFT, proclamada agora pelo STJ, poderia

---

<sup>71</sup> STJ – Embargos de Divergência no RESP n° 172.085/DF, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.02.2000, p. 36, publicado na RSTJ v. 132, p. 468.

<sup>72</sup> STJ – RESP n° 278.814/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 19.02.2001, p. 261 e RESP n° 126.056/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Dantas, DJ 29.06.98, p. 248.

ensejar aos condenados, nas decisões desfavoráveis oriundas de recursos do MPDFT nas Cortes Superiores, ajuizar habeas corpus ou Revisões Criminais em ordem a proclamar-se a referida nulidade processual, cassando-se a decisão porventura desfavorável.

A propósito, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 292.934/DF, interposto pelo MPDFT, o em. Relator Min. Felix Fischer deu provimento ao recurso para determinar a subida do Recurso Especial (Resp. nº 284.259/DF).

Entretanto, o condenado impetrou no Supremo Tribunal Federal ordem de habeas corpus para cassar a decisão proferida no Agravo Regimental, alegando nulidade do recurso protocolado pelo parquet do Distrito Federal, em desrespeito aos princípios insertos no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal e à competência dos Subprocuradores da República para o exercício desse mister.

Distribuído ao Ministro Maurício Corrêa (HC 80.463/DF) na 2ª Turma daquele Pretório Excelso, o Relator, vislumbrando relevância na matéria a ser tratada, resolveu afetar a questão ao Plenário do STF. E então decidiu-se:

“O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não tem legitimidade ativa para interpor agravo regimental perante o STJ contra despacho proferido por relator de agravo de instrumento. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, julgando habeas corpus afetado ao Plenário pela Segunda Turma (v. Informativo 215), deferiu a ordem para anular acórdão proferido pelo STJ que, em agravo regimental interposto pelo MPDFT em agravo de instrumento, determinara a subida do recurso especial criminal inadmitido na origem – contra decisão do Tribunal de Justiça local que anulara a condenação do paciente pelo júri –, e para determinar que o Ministério Público Federal que oficia junto ao STJ seja intimado quanto àquela decisão monocrática. Considerou-se que, em face do princípio da unidade e da indivisibilidade, o MPDFT limita-se ao âmbito de competência do



Tribunal de Justiça e dos Juizes do Distrito Federal e Territórios, compreendendo a interposição de recurso perante esses órgãos, nos termos do art. 149 da LC 75/93 (LC 75/93, art. 149: “O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios exercerá as suas funções nas causas de competência do Tribunal de Justiça e dos Juizes do Distrito Federal e dos Territórios.”). Vencido o Min. Marco Aurélio, que reconhecia a legitimidade do MPDFT quando atuasse na qualidade de titular da ação penal. Precedente citado: RE 262.178-DF (DJU de 24.11.2000 - Leia na seção de Transcrições do Informativo 211 o inteiro teor do relatório e do voto condutor deste precedente). HC 80.463-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 15.8.2001.(HC-80463)” (Publicado no Informativo/STF nº 237).<sup>73</sup>

Há de se preocupar, portanto, com o deslinde de milhares de processos com trânsito em julgado e que figurou o MPDFT como parte. Afinal, a ausência de pressupostos recursais ou condições da ação, poderão ensejar arguições numerosas em Revisões Criminais ou *habeas corpus* nas Cortes Superiores, frutos da absoluta ausência de uniformidade no posicionamento jurisprudencial.

## 8.5 OUTROS TEMAS POLÊMICOS

Buscou-se definir até aqui alguns casos onde a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em matérias criminais, tem vacilado sistematicamente, não permitindo o alcance da sua função constitucional uniformizadora.

Entretanto, as discussões trazidas à colação não são exaustivas. Numerosos outros casos podem ainda ser citados.

Um exemplo é a discussão jurídica envolvendo a folha do Instituto Nacional de Identificação-INI como documento hábil a comprovar a

---

<sup>73</sup> A decisão foi publicada no DJ de 24.08.2001, seção I, mas o texto integral do acórdão ainda carece de publicação.

reincidência e os maus antecedentes. Há julgados considerando-o meio idôneo<sup>74</sup>, mas outros tiveram o seguimento negado pelo Relator, entendendo ser matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ)<sup>75</sup>.

Outro caso é a oposição de Embargos de Declaração no Tribunal de origem como suficiente para o pre-questionamento, independentemente de o Tribunal Estadual ter discutido ou não a matéria. No ponto, há julgados que sustentam a necessidade da discussão da matéria na origem, e, mesmo que a parte tenha oposto Embargos Declaratórios, não encerraria o problema<sup>76</sup>; outros mitigam a exigência de tais pressupostos, a ponto de permitir o pre-questionamento implícito<sup>77</sup> e considerar a oposição de Embargos de Declaração, ainda que não apreciados devidamente na origem, suficientes para a interposição dos recursos constitucionais versando sobre o mérito da causa.<sup>78</sup>

O mesmo se diga em relação à exclusão de qualificadoras nos casos de Júri – na pronúncia ou no Tribunal de Justiça, em sede revisional, nos recursos em sentido estrito. O STJ, em determinados casos, tem cassado a decisão que excluiu qualificadoras narradas na denúncia, alegando usurpação da competência do juiz natural da causa (o Tribunal do Júri)<sup>79</sup>; mas em outras ocasiões tem mantido a decisão que as afastou, inclusive analisando amplamente, o contexto fático (o que é vedado pela Súmula 7/STJ)<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> STJ – RESP 216.354, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 29.04.02, seção I. No mesmo sentido: RESP 232.368, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 09.03.2000, seção I; e RESP 254.005/DF, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 06.05.2002, seção I, p. 301.

<sup>75</sup> STJ – Agravo de Instrumento 380.829/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 12.06.01, seção I.

<sup>76</sup> STJ – RESP nº 337.697/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 18.03.2002, seção I, p. 309.

<sup>77</sup> STJ – RESP nº 252.413/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 18.02.2002, seção I, p. 525. No mesmo sentido: STJ – RESP nº 254.456/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 29.10.2001, seção I, p. 277.

<sup>78</sup> STF – RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no Informativo do STF nº 126 (05 a 09 de outubro de 1998).

<sup>79</sup> STJ – Resp. 219.530/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 28.05.01, seção I. Idêntica compreensão: STJ – Resp. 232.422/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.08.01, seção I; STJ – Resp. 225.751/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 04.02.02, seção I.

<sup>80</sup> STJ – Resp 111.888/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 03.11.98, seção I. No mesmo sentido: STJ – Resp. 172.163/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 27.08.01, seção I.

## 9 AS CONSEQÜÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA VACILANTE NA CORTE SUPERIOR

Diversas conseqüências podem ser enumeradas quando o Superior Tribunal de Justiça contraria sua própria jurisprudência.

O primeiro grande efeito – talvez o maior deles – está no descumprimento da sua missão constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado sob a perspectiva de se instituir um Tribunal Superior encarregado de dirimir as controvérsias que surgirem na interpretação de normas infraconstitucionais.

Não há dúvidas de que essa foi a maior missão do STJ atribuída pelo Poder Constituinte Originário, como vaticinaram doutrinadores de escol — sem embargo daqueles já citados:

“A maior missão do Superior Tribunal de Justiça, portanto, consciente do seu poder gerador do Direito e, por causa dele, é a de uniformizar a jurisprudência brasileira.”<sup>81</sup>

“O espírito da lei constitucional reconhece que a reavaliação, em nível nacional, das desigualdades regionais deve terminar, no Judiciário, unificando a jurisprudência e impedindo ou, pelo menos, dificultando, o predomínio das elites locais. Esse o nobre papel atribuído ao Superior Tribunal de Justiça.”<sup>82</sup>

Assim, julgamentos contraditórios tendem a se afastar desse mister.

---

<sup>81</sup> BRITO, Washington Bolívar de. Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal. In: op. cit., 1999, p. 59.

<sup>82</sup> CENEVIVA, Walter. O Grande Tribunal da Lei. In: op. cit., p. 293.

Além disso, invocando particularidades fáticas de somenos importância<sup>83</sup> em detrimento da uniformidade jurisprudencial, o STJ resulta transformar-se em “Terceira Instância Ordinária” – o que contraria em absoluto a intenção do legislador.

A segunda consequência que se destaca é a instabilidade que se cria nos Tribunais Estaduais.

É certo que a súmula vinculante é vedada no ordenamento jurídico pátrio. À exceção das matérias ligadas ao controle abstrato de constitucionalidade, o juiz tem liberdade para decidir conforme o seu livre convencimento, desde que motivado, independentemente de pronunciamento das Cortes Superiores.

No entanto, é inegável que questões estritamente jurídicas decididas no STJ são minuciosamente acompanhadas pelos operadores do direito. E a razão é bem simples: o que adianta decidir questões que contrariem a jurisprudência das Cortes Superiores? Certamente, o advogado diligente reverterá o veredicto no STJ ou no STF.

A doutrina e a jurisprudência – mesmo invocando precedentes trabalhistas, mas que não se afastam do desenvolvimento da idéia – demonstram o tamanho respeito dos magistrados aos integrantes dos Colegiados Superiores:

“Realmente, os Magistrados ao decidirem o caso concreto procuram inteirar-se das decisões, acerca do mesmo assunto, já proferidas pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal a que estão vinculados.”<sup>84</sup>

“ENUNCIADOS - APLICABILIDADE - Enunciado não é lei, porém é fruto de reiterados posicionamentos e precedentes jurisprudenciais. Embora não possua poder vinculante, constitui orientação predominante,

---

<sup>83</sup> Vedadas pela Súmula 7/STJ.

<sup>84</sup> CUKIERKORN, Maria Cristina Barongen *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 128.

normalmente adotada pelos Tribunais Inferiores. Tratando-se de entendimento emanado do órgão encarregado da uniformização da jurisprudência, merece respeito, pois espelha o entendimento das Excelsas Cortes, servindo de roteiro para outras decisões.”<sup>85</sup>

Mas se o órgão encarregado de interpretar o direito federal decidir questões jurídicas contraditórias, como fazer a jurisprudência servir como norte a decisões jurídicas de alta indagação que solicitem solução igualitária?

O mesmo se diga nos juízos de admissibilidade de recurso especial (art. 541 e seguintes, do CPC). A Constituição Federal de 1988 permitiu o seu manuseio fulcrado na divergência do acórdão recorrido com julgados de outros Tribunais da Federação, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, “c”, da CF).

Imagine então determinado Tribunal Estadual decidir, por exemplo, a progressão de regime a réus condenados por estupro “simples” (art. 213, *caput*, do CP). Ciente do posicionamento vacilante no STJ, como fazer o Presidente do Tribunal de Justiça estadual inadmitir o recurso especial? Como aplicar, nesse caso, a Súmula 83/STJ, que permite o trancamento na origem do apelo especial se a matéria estiver pacífica na Corte *ad quem*?

São perguntas que receberão respostas negativas, ante a falta de uniformidade.

A instabilidade dos veredictos no Superior Tribunal de Justiça provoca ainda a formação de verdadeiras “justiças estaduais”, cada qual interpretando a lei conforme o próprio entendimento, comprometendo o federalismo brasileiro.

---

<sup>85</sup> Ac. TRT/ 3a.Reg., 1a.T. Rel. Juiz Manuel Cândido Rodrigues , MG/24.10.1997. Idêntica compreensão: Ac. TRT 12a. Reg. 3a.T (RO 1166/93),Rel. (designada) Juíza Lília Leonor Abreu, DJ/SC 08.09.94, p.95; Ac. TRT 12a. Reg. 1a.T. (RO/00587/93), Rel. (designada) Juíza Ione Ramos, DJ/SC 25.01.95, p.235 e Ac. TRT 9a.Reg. 4a.T. (ED RO 6920/93),Rel. Juiz Tobias de Macedo Filho, DJ/PR 24/06/94. p.226.

A propósito, MANCUSO exemplifica o problema:

“A se entender de outro modo, se chegaria a um *non sense*: a lei enquanto norma abstrata e geral seria oponível de maneira isonômica, indiscriminadamente, a todos os brasileiros, ao longo do território nacional; mas, já não assim quando se desse a formação de uma lide, quando então a norma comportaria diversas inteligências, ao sabor de cada órgão jurisdicional, de sorte a se ter como aceitável uma interpretação paulista, diversa de outra mineira, por sua vez distinta de outra gaúcha; uma interpretação de 1º grau, divorciada daquela de 2º grau, e assim sucessivamente pelas instâncias subseqüentes, sem um oásis de consenso onde se recompusesse a vera inteligência da norma legal. Em breves palavras, é como se a uniformidade jurisprudencial fosse uma utopia e a discrepância, uma sorte de karma nacional, insuperável...”<sup>86</sup>

A instabilidade gerada nos Tribunais Estaduais contribui para a terceira conseqüência da escassez de uniformidade no STJ: a progressão quase “geométrica” do número de feitos nas instâncias originárias que chegarão ao conhecimento dos Ministros daquela Corte.

Em tese, apenas questões jurídicas poderiam alcançar o Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a jurisprudência oscilante determina que Turmas e Câmaras dos Tribunais de Justiça Estaduais adotem posicionamentos diversos, levando as partes a interporem mais e mais recursos constitucionais (Especial e Extraordinário).

Assim, muitas matérias que encontrariam óbices nas Súmulas do STJ (por estarem contrárias à jurisprudência daquela Corte), diante das divergências, acabam prosseguindo até o julgamento definitivo.

---

<sup>86</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 252.

Isso sem falar nos numerosos recursos contendo exposição fático-probatória. Motivados pelas decisões conflitantes e pelo aumento do êxito dos recursos na Corte Superior, as partes interpõem recursos, muitas vezes, com vistas a protelar o deslinde da controvérsia. E acabam, excepcionalmente, vitoriosas em suas demandas naquela Corte.

A confirmação do aumento excessivo de feitos se encontra nas estatísticas do Superior Tribunal de Justiça ao longo de pouco mais de uma década de serviços prestados.

Para se ter idéia, no final de 1989, os casos julgados não ultrapassavam 3.711 (três mil, setecentos e onze processos).

Em meados de 1999, atingia-se aumento de 2600% (dois mil e seiscentos por cento) no montante de julgamentos, chegando-se a 523.074 (quinhentos e vinte e três mil e setenta e quatro feitos), descontando os Embargos Declaratórios e os Agravos Regimentais.

Da instabilidade nos Tribunais decorre também o quarto efeito da divergência: a absoluta imprevisibilidade do resultado final da demanda pelas partes.

Nos países que adotam a *civil law*, a lei é a fonte maior do direito e sobre a qual todas as lides são decididas.

A jurisprudência, conforme já ressaltado, tem a função de incrementar o juízo decisório, fornecendo decisões reiteradas aos operadores do direito sobre a interpretação escorreita da lei.

Conseqüentemente, se uniforme, o instituto jurisprudencial orienta as pessoas a maior cautela no ingresso exagerado de ações judiciais, fazendo que apenas os litígios realmente necessários sejam provocados para a análise estatal, sem que isso contrarie o livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Mas quando a jurisprudência da Corte Superior diverge sem fornecer uma orientação predominante, a imprevisibilidade no resultado da lide traduz-se no sentimento de impunidade, que faz justos e injustos engalfinharem-se nos Tribunais na busca de uma decisão favorável.

A propósito, MANCUSO destaca importante trecho no qual se discute o desserviço prestado pela jurisprudência disforme:

“Nenhuma função estatal pode hoje se pretender isolada ou descompromissada do contexto social, valendo lembrar que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (CF, art. 1º, par. ún.), regra que avulta em importância numa democracia participativa, como a instaurada na CF de 1988. Assim, cabe à jurisprudência, enquanto produto final da atividade estatal de distribuição da Justiça, um papel proeminente na consecução de uma ordem jurídica justa, a qual não poderá ser alcançada a persistir a álea que hoje, infelizmente, assombra as partes envolvidas em demandas judiciais, salvo poucas e honrosas exceções.

Esse desejável salto de qualidade pressupõe a conscientização da necessidade de se oferecer ao jurisdicionado, uma razoável previsibilidade quanto à solução final da lide, o que pode e deve ser assegurado pela jurisprudência, sobretudo quando ela se apresenta sumulada, permitindo a extensão de seu enunciado aos casos análogos, pendentes e futuros.”<sup>87</sup>

A quinta consequência que se deduz do problema está na desmotivação dos Ministros ante a “avalanche processual” destacada anteriormente.

O Poder Constituinte Originário atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça e aos integrantes daquela Corte tarefas específicas, que demandassem menor número de processos e, conseqüentemente, maior tempo para reflexão sobre a melhor resposta jurídica para as questões jurídicas.

---

<sup>87</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 126.



No entanto, o amplo sistema recursal previsto na legislação processual (civil e penal) e a jurisprudência vacilante no STJ ocasionaram a proliferação de numerosos feitos nas Cortes Superiores.

Com isso, a mesma problemática (inchaço de processos) ocorrida na justiça de 1º grau atingiu também as Cortes Superiores.

O resultado disso foi a crescente crise do Judiciário, com diversas implicações: a) os magistrados se obrigaram a delegar tarefas jurisdicionais (v.g., a elaboração de sentenças) aos seus assessores, limitando-se a presidir audiências e decidir liminares; b) os numerosos feitos ocasionaram a adoção de pressupostos rígidos e formalistas (como a exigência de peças no traslado do agravo de instrumento não previstas em lei – v.g., a procuração outorgada a todos os advogados do réu, mesmo aqueles que não patrocinam mais a causa); c) o uso excessivo da argumentação *ab auctoritate* (colação de precedentes jurisprudenciais e que, em muitas ocasiões, não refletem o caso dos autos); e d) a ausência de fundamentação nas decisões.

As notícias que se veicularam a partir da crise culminaram com a demasiada insatisfação dos magistrados no desempenho de seu mister, conforme bem delineado por RODOLFO MANCUSO, cuja exposição novamente pede-se vênia para transcrever:

“A propósito, aduz Eugenio Raúl Zaffaroni: ‘O perfil público do juiz ‘asséptico’ implica um terrível manejo autoritário da imagem pública da justiça e, ao mesmo tempo uma fortíssima deterioração da identidade pessoal dos juízes. Quase todas as obras de ficção referentes a juízes e à justiça têm como objeto esta imagem, porque é a que mais se presta à denúncia, à ridicularização e ao escárnio’. Adiante, prossegue o autor: ‘Geralmente, o volume de trabalho dos supremos acaba excedendo a capacidade de seus membros, o que se observou universalmente, a ponto de nos Estados Unidos haver provocado o Judiciary Act de 1925, que aumentou a jurisdição discricionária e diminuiu a de apelação. Por conseguinte, isto provoca que as cúpulas tenham de se valer de equipes, às quais se delegam

funções, tanto jurisdicionais (secretários e auxiliares que ‘redigem’ as sentenças), quanto administrativas (exercício do poder verticalizador). Por fim, cai-se em uma ficção, pois a cúpula não tem o poder, senão que na cúpula se encontra um conjunto de empregados e funcionários sem jurisdição, que são os que exercem o verdadeiro poder e que têm realmente mais arbítrio que os próprios juízes, que materialmente lhes estão subordinados. Em síntese: os juízes se acham subordinados aos empregados, o que afeta ainda mais sua auto-estima e, além disso, potencializa as intrigas e aumenta o condicionamento paranóide..

(...)

Esse poder de escolha, reconhecido à Corte Suprema, remonta, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, ‘ao Judiciary Act de 1925, que aumentou a jurisdição discricionária e diminuiu a de apelação’. O excesso de trabalho nos Tribunais Superiores, observa esse autor, ‘provoca que as cúpulas tenham que se valer de equipes, às quais se delegam funções, tanto jurisdicionais (secretários e auxiliares que ‘redigem’ as sentenças), quanto administrativas (exercício do poder verticalizador). Por fim, cai-se em uma ficção, pois a cúpula não detém o poder, senão que na cúpula se encontra um conjunto de empregados e funcionários sem jurisdição, que são os que exercem o verdadeiro poder e que têm realmente mais arbítrio que os próprios juízes, que materialmente lhes estão subordinados.’<sup>88</sup>

Portanto, as conseqüências são nocivas à sociedade quando a jurisprudência da Corte Superior não segue a linha da uniformidade.

Diante desse contexto, a necessidade premente de novas soluções vem a lume como forma, ao menos, de amenizar o problema. É sobre isso que se tentará fazer a seguir.

---

<sup>88</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 99 e 239.

## 10 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O CONTORNO DO PROBLEMA

Observou-se que o Superior Tribunal de Justiça foi criado com a Constituição Federal de 1988 e, passados quase uma década e meia de funcionamento, em muitas ocasiões – como foi demonstrado –, o STJ manteve-se longe de obter pronunciamentos que uniformizassem a interpretação das normas federais. Assim, seria muita pretensão imaginar soluções diversas para resolver os problemas relacionados ao tema.

O que se pretende aqui é mostrar formas alternativas de, ao menos, amenizar o problema, por mais que isso possa gerar controvérsias.

A solução ideal, por motivos óbvios, seria manter a coerência nos julgamentos, reduzindo a instabilidade dos Tribunais dos Estados e na Corte Superior.

Mas como fazer isso? Entendemos que a função uniformizadora requer um controle decisório de cunho político mais eficiente, isto é, a fiscalização das decisões por meio dos próprios Ministros que compõem a Corte Superior.

Por exemplo: como é possível permitir que integrantes do STJ que uniformizaram o entendimento interno em determinada *quaestio iuris* nos Embargos de Divergência (na 3ª Seção que, repita-se, reúne as duas Turmas competentes para a análise de matérias criminais) venham divergir daquele posicionamento no órgão fracionário (Turmas) logo depois — como no citado exemplo do regime inicial de cumprimento de pena a condenados reincidentes? E ainda que a Seção não tenha se pronunciado a respeito, como será possível permitir que determinada matéria pacificada há mais de uma década nas duas Turmas Criminais venha a sofrer modificação radical no modo de interpretação, sem que tenha ocorrido alteração legislativa, fática ou da composição do órgão julgador?

A nosso ver, em ambas as hipóteses, a divergência resulta forte afronta ao Texto Constitucional, que inseriu a função uniformizadora

como o maior mister daquele Tribunal – conforme destacado na doutrina e na jurisprudência.

Em relação ao descumprimento, na Turma, da decisão do órgão interno hierarquicamente superior (a Seção), há violação ainda ao próprio Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Afinal, se os seus integrantes “ameaçarem” divergir do posicionamento firmado na Seção, compete a esse Órgão superior (único e exclusivo) rever a controvérsia jurídica estabilizada. Assim, o Relator que, na Turma, receber os autos deverá enviar a questão jurídica à Seção competente para a reanálise da controvérsia jurídica. Se não o fizer, a Turma poderá incorrer em vício de competência para o julgamento da *quaestio* (caso decida contrariamente ao posicionamento da Seção).

A propósito, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça-RISTJ prevê expressamente essa possibilidade, aduzindo, no parágrafo único do mesmo dispositivo, a informalidade com que o procedimento poderá ser feito:

“Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I – quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

II – quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

III – nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118).

Parágrafo único. A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º).” (grifou-se)

Nos demais casos – isto é, naqueles em que as Seções não tiverem se pronunciado a respeito, o controle decisório poderá ser exercido por meio de preliminares.

Exemplificando: caso o Relator ou outro integrante da Turma venha a divergir do posicionamento firmado no Superior Tribunal de Justiça,

deverá, em preliminar, fornecer as particularidades relevantes que diferenciem da jurisprudência da Corte (algo semelhante ao *distinguishing* previsto no direito norte-americano utilizado para afastar os precedentes – *leading precedents* – da Justiça ao caso concreto).

Com efeito, em caso de acolhimento da preliminar, reconhecida a diferença em relação ao *thema juris* pacificado, competirá à Turma a análise da *quaestio*; do contrário, o mesmo órgão fracionário manterá a decisão firmada na Corte ou remeterá à Seção para a revisão do *thema*.

Obviamente, não se poderá permitir que todas as questões sejam levadas à Seção simplesmente porque os integrantes de determinada Turma discordem do posicionamento firmado no STJ. Nesse caso, a razoabilidade deverá impor aos integrantes da Seção: verificado certo número de decisões sobre a mesma matéria, competirá ao Relator decidir de forma monocrática (art. 557, § 1º, do STJ).

O controle decisório requer também modificações de ordem estrutural no STJ. O fortalecimento de Secretarias de Informações Jurisprudenciais, no âmbito das Turmas, das Seções e da Corte Especial informariam aos Ministros sobre o posicionamento preciso de cada matéria. Às Secretarias supracitadas competiria a juntada do posicionamento firmado no STJ – inclusive diferenciando questões jurídicas parecidas, mas não idênticas à causa, além da revisão do posicionamento que porventura ocorresse – antes mesmo de os Ministros terem acesso aos autos.

Ademais, as Secretarias manteriam em seus escaninhos os Ementários de Jurisprudência previstos no RISTJ:

“Art. 130. No Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça serão publicadas ementas de acórdãos ordenadas por matéria, evitando-se repetições. No Boletim do Superior Tribunal de Justiça, de circulação interna, para conhecimento antes da publicação dos acórdãos, serão divulgadas as questões de maior interesse decididas pelas Turmas, Seções e Corte Especial.”

Tais procedimentos permitiriam a muitos recursos a prolação do veredicto pelo Relator sem a necessidade de conhecimento pelos demais integrantes da Turma (art. 557, § 1º, do CPC).

Dentro do perfil uniformizador, o aumento do número de Súmulas reforça o controle interno sobre as decisões judiciais.

E o procedimento, embora pouco utilizado, não exige numerosos procedimentos especiais.

Cabe aos Ministros, reconhecida a divergência entre julgados, proceder de ofício, suscitando a uniformização.

Julgado procedente e publicado o acórdão que reconheceu a divergência, a Corte Especial ou as Seções se reunirão para deliberar a *quaestio iuris*, com ou sem parecer do Ministério Público (art. 118, § 2º, do RISTJ).

Ao final, após a votação da uniformização de jurisprudência, darão origem às súmulas do STJ, conforme se extrai dos arts. 119, § 3º, do RISTJ e 122, *verbis*:

“Art. 119. No julgamento de uniformização de jurisprudência, a Corte Especial e as Seções se reunirão com o *quorum* mínimo de dois terços de seus membros.

(...)

§ 3º. Proferido o julgamento, o pedido de vista não impede que votem os Ministros que se tenham por habilitados a fazê-lo, devendo o Ministro que o formular apresentar o feito em mesa na primeira sessão seguinte.”

“Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Será objeto da Súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a

Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

§ 2º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta de seus membros.”

Ressalte-se que a edição de súmulas reforça o controle decisório, pois não há como se negar, na prática, à força orientadora que o enunciado desperta no julgador em nome da estabilidade das relações sociais, como afirma certo precedente trabalhista:

“AÇÃO RESCISÓRIA - URP DE FEVEREIRO/89 - IPC DE MARÇO/90. O Supremo Tribunal tem afastado a aplicação da súmula 343, quando a questão controvertida for de natureza constitucional. Portanto, se à mais alta Corte do país cabe a última palavra em matéria constitucional e exercendo o Excelso Pretório sua prerrogativa em relação a dada controvérsia, quer no controle difuso, quer no concentrado, o efeito vinculante de tal decisão deve ser a consequência natural do julgamento, não restando às instâncias subjacentes senão acatar o que ali se decidiu, sob pena de, em nome de sua independência de Julgador, desestabilizar as relações sociais, fomentar demandas inúteis e discussões estéreis, depois do pronunciamento da mais alta Corte de Justiça do País.” (ênfatisou-se)<sup>89</sup>

Outro argumento que favorece a edição de súmulas está na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, no período de 1963 a 1984, editou 621 súmulas e, mesmo após o advento de novo Texto

---

<sup>89</sup> Ac. TST SDI (RO/AR/305890/96.7), Rel. Ministra Cnea Cimini Moreira de Oliveira. DJ 20.02.1998.

Constitucional, permanecem amplamente utilizadas em seus julgados e orientam as demais Cortes de Justiça do país.

Dentro da perspectiva do controle decisório pelos Ministros que compõem a Corte, o instituto da “ressalva” tem se constituído importante instrumento de colaboração à uniformidade.

Trata-se de instrumento destinado a manter o posicionamento reinante na Turma (ou na Seção ou no Conselho Especial), sem desprezar a convicção íntima do magistrado contrária àquele posicionamento.

Numerosos julgados das duas Turmas Criminais inserem com freqüência a figura da ressalva:

“PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA FICTA. CRIME HEDIONDO. ABSOLVIÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

1. O estupro e o atentado violento ao pudor, tanto praticados na sua forma simples ou qualificada, configuram crime hediondo (STF, HC 81.288/SC, decisão plenária, relator para Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 17.12.2001). Ressalva do ponto de vista do Relator.

(...)” (grifou-se)<sup>90</sup>

“PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. LESÕES CORPORAIS LEVES. CPM. REPRESENTAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.838/99.

I – Até a edição da Lei nº 9.839/99, que acrescentou o art. 90-A ao texto da Lei nº 9.099/95, prevaleceu, com ressalva de entendimento do relator, a dicção de que seriam aplicáveis à Justiça Castrense as disposições da citada *lex specialis*.

---

<sup>90</sup> STJ – RESP 269825/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 29.04.2002, seção I, p. 276.



II – Em assim sendo, inaplicável o art. 90-A de forma retroativa porquanto *lex gravior* (art. 5º, inciso XL da Carta Magna).

Recurso provido.” (negritou-se)<sup>91</sup>

Perceba-se que não se trata de voto divergente, tampouco encerra contradição, mas posicionamento pessoal que cede à orientação da Corte a qual o Ministro pertence. O STJ, aliás, já se pronunciou sobre o assunto:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIME CONTRA OS COSTUMES. CONTRADIÇÃO. RESSALVA DE ENTENDIMENTO. Ressalva de entendimento, em decisão unânime, não configura contradição. Embargos rejeitados.”<sup>92</sup>

“PROCESSUAL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TRIBUTÁRIO – PROVA DA REPERCUSSÃO – ÔNUS – CONTRADIÇÃO INEXISTENTE.

Não é contraditório o acórdão que, após afastar a exigência de prova negativa de repercussão, ressalva a possibilidade de o Estado recusar a devolução, fazendo prova positiva.”<sup>93</sup>

A “ressalva” representa muito mais do que curvar-se ao posicionamento da Instituição, mas, verdadeiramente, exercer o desempenho do mister constitucional, mantendo a uniformidade da jurisprudência e reduzindo a instabilidade na orientação aos Tribunais Estaduais. Configura ainda gesto de humildade, profundo conhecimento da matéria jurídica e respeito à posição adotada pelo Colegiado a que pertence.

---

<sup>91</sup> STJ – RESP 254890/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.03.2002, seção I, p. 282. No mesmo sentido: RESP 266.545/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.04.02, seção I, p. 193; RESP 211.660/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 25.02.02, seção I, p. 424; RHC 11809/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 25.02.02, p.401; HC 16648/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 18.02.2002, seção I, p. 506; RESP 195.596/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 29.10.2001, seção I, p. 275 e HC 16.946/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.11.2001, seção I, p. 145.

<sup>92</sup> STJ – EDHC 19221/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 22.04.2002, seção I, p. 226.

<sup>93</sup> STJ – EDRESP 200981/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 25.06.2001, seção I, p. 107. Idêntica compreensão: STJ – EDRESP 51420/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.02.2001, seção I, p. 172.

A propósito, o Ministro WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO, com notável sapiência, asseverou a importância de se manter fiel ao Colegiado, ainda que contrário à posição pessoal:

“A insistência no superestimar o modo individual de entender e aplicar o direito ao caso concreto, pode ocasionalmente modificar matéria já assente, por uma maioria eventual, desatenta aos precedentes, vindo a causar perplexidade no próprio Tribunal ou nos tribunais de origem dos recursos. Ou, o que é pior, dado o relevante papel difuso do precedente, nos juízes de primeiro grau.”<sup>94</sup>

E o próprio STJ, por meio de sua 2ª Seção, pronunciou-se a respeito da “ressalva” e da sua finalidade:

“PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO. RESSALVA DE PONTO DE VISTA PESSOAL. SIGNIFICADO. O juiz que, ressaltando entendimento pessoal, segue a jurisprudência do Tribunal não incorre em contradição, nem prejudica a unanimidade do julgamento; apenas subordina seu ponto de vista, vencido, à orientação prevalente, nisso contribuindo para a estabilidade da jurisprudência, que é do Tribunal, e não do juiz (Min. Victor Nunes Leal, RTJ nº 55, p. 239). Embargos de declaração rejeitados.”<sup>95</sup>

Portanto, essas são algumas das propostas citadas e que merecem maior atenção dos julgadores, em ordem a manter viva a função institucional do Superior Tribunal de Justiça, uniformizando a jurisprudência e servindo de orientação e de referência para os Tribunais de Justiça dos Estados.

---

<sup>94</sup> BRITO, Washington Bolívar de. Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal. In: op. cit., p. 63.

<sup>95</sup> STJ – ERESP 76882/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 21.02.2000, seção I, p. 81. No mesmo sentido: EDRESP 122853/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04.12.2000, seção I, p. 64.

Não se está defendendo aqui a implantação ou a sugestão de se criar súmulas vinculantes no ou pelo Superior Tribunal de Justiça, mas de estabelecer formas coerentes de decidir e transmitir à sociedade a interpretação escoreita às normas federais.

Tampouco se defende a idéia de impedir a modificação da jurisprudência do STJ. Aliás, esse papel é vital quando se inclui a jurisprudência como fonte formal do direito, à medida que transforma a reiteração de julgados na forma mais rápida e eficaz de interpretar a norma já existente aos constantes (e sempre mais velozes) anseios sociais, sem que se necessite modificar a lei pelo moroso procedimento legislativo.

No entanto, o que é inadmissível é deixar o mundo jurídico à mercê de decisões conflitantes em espaços tão curtos de tempo, ora decidindo de uma forma, ora de outra – como fartamente demonstrado nos casos citados e sintetizados pelo mestre VICTOR NUNES LEAL:

“A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o STF possa cumprir o seu mister de definir o direito federal (antes da CF/88, quando o STF possuía tal competência), eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência.”<sup>96</sup>

Por fim, é importante ressaltar as colocações de ARRUDA ALVIM sobre a importância do Recurso Especial e a estabilidade de suas decisões para o mundo jurídico:

“... como o STJ somente aprecia questões de direito federal infra constitucional, constituindo-se essas no objeto constante dos recursos especiais, esta circunstância invariável evidencia que, sempre, existe

---

<sup>96</sup> LEAL, Victor Nunes apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit, p. 125.

uma repercussão de tais decisões, no que diz respeito ao entendimento da lei federal. É o que defluiu da afirmação do Min. Pádua Ribeiro, no sentido de que: ‘... ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal a *quo*’, refugindo até mesmo do objeto possível de um recurso especial o reapreciar a ‘justiça’ da decisão.

Avulta, por tudo quanto se disse, enormemente de importância o reflexo do conteúdo das soluções, em face de determinados pronunciamentos jurisdicionais, diante da posição ocupada pelo Tribunal na estrutura do Poder Judiciário, alojada no cume da sua pirâmide. Conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, normalmente, circunscrita às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. É nesta segunda perspectiva, em grau máximo, que se inserem, por excelência, as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Sendo o mais elevado Tribunal em que se aplica o direito federal infra constitucional, ao afirmar a correta inteligência do direito federal – e é sempre isso que afirma o STJ e não outra coisa –, o valor e o peso inerentes a tais decisões é enorme, por causa da posição pinacular do STJ. Esta é a razão em virtude da qual tais pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta fluindo.”<sup>97</sup>

Portanto, sensibilidade e coerência são fundamentais na abordagem do tema, a fim de não transformar o instituto importante da jurisprudência (no mundo jurídico) em fonte de banalização, pois aí reside o perigo para que o Superior Tribunal de Justiça – e o Poder Judiciário como um todo – não fiquem “sozinhos” no cumprimento das decisões judiciais,

---

<sup>97</sup> Idem, p. 38-9

desrespeitados pelos demais Poderes da República e pela própria sociedade. Se isso continuar ocorrendo, a única uniformização jurisprudencial será a do descumprimento reiterado das decisões judiciais.

## CONCLUSÃO

Observou-se, ao longo da monografia, a importância da função uniformizadora desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sua atuação vem de longa data, isto é, desde as origens do Governo Português (no século XVI), por meio das citadas Casas de Suplicação (subdivididas em matérias cíveis – Mesa de Consciência e Ordens – e criminais – Desembargos do Paço), havia Tribunais encarregados de dirimir as controvérsias legais.

No Brasil, semelhante atribuição fora encarregada aos Ouvidores-Gerais (século XVII) e no Supremo Tribunal Federal (século XIX), instituição que se mantém até hoje.

A mesma incumbência deveria ter sido exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça (século XIX), que se distanciou da referida função por exigência do legislador, transformando-se em alvo de críticas pelos operadores do direito na época.

Portanto, a função uniformizadora da jurisprudência sempre existiu em nossa sociedade, o que demonstra a necessidade imperiosa de se preservar tal mister na estrutura jurídica vigente.

Na Constituição apelidada de “Cidadã”, a história não foi diferente. Incumbiu-se ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105 da CF) a tarefa de fornecer a correta interpretação da legislação federal.

Passada mais de uma década de criação do Superior Tribunal de Justiça, a realidade que se acena quanto a esse mister é bem difícil: numerosas decisões no campo criminal têm se pautado a particularidades fáticas, atingindo resultados diferenciados em questões estritamente jurídicas,

determinando que a valiosa jurisprudência da Corte Superior oscile resultados favoráveis e contrários aos réus, criando clima de instabilidade no mundo jurídico (especialmente nos Tribunais estaduais), na sociedade e nos presídios que albergam a maioria de postulantes aos “benefícios legais”.

A desigualdade nos julgamentos, no campo criminal, agrava ainda mais a situação em se tratando de ofensa ao valioso *status libertatis* dos condenados.

As soluções alvitradas não têm a pretensão de resolver o problema, mesmo porque cabem aos grandes estudiosos do tema.

Entretanto, buscou-se encaminhar algumas idéias em ordem a amenizar o grave problema.

Um eficiente controle decisório, exercido pelos próprios integrantes da Corte Superior – amparado às vezes em dispositivos do próprio Regimento Interno do STJ – pode ser útil nesse sentido.

O respeito à competência das Seções nos casos em que já tenha ocorrido apreciação desse Órgão, em Embargos de Divergência e, por meio de preliminares, a discussão de particularidades fáticas relevantes que diferenciem do *thema* assentado na Corte para somente assim divergir da orientação jurisprudencial prevalecente podem se constituir importantes mecanismos progressivos na busca da uniformidade.

Ao lado disso, o fortalecimento de Secretarias de Informações Jurisprudenciais permitiriam aos Ministros minuciosos estudos sobre o posicionamento dominante no Tribunal, a ponto de fornecer a solução para o caso sem a necessidade do crivo dos demais integrantes da Corte.

Atenções especiais a determinados dispositivos do Regimento Interno referentes à função uniformizadora também auxiliariam o melhor desempenho do controle decisório, como a ampliação dos Boletins e Ementários de Jurisprudência (art. 130) e a edição reiterada de súmulas (arts. 118 e segts.).

Por fim, a ressalva pessoal nos casos jurídicos já assentados na Corte, embora não prevista em lei, constitui-se em uma das mais primorosas “saídas” alvitadas pelos Ministros para respeitar a tarefa uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça.

São, com efeito, propostas que poderão despertar muitos embates a respeito do tema, cujo objeto é muito apreciado na doutrina pátria.

O que há de se ressaltar é que a discussão acerca de temas polêmicos (como Súmula vinculante, excesso de processos na Justiça, o respeito às decisões judiciais) analise também os problemas ventilados no presente trabalho.

Os resultados dessas questões são fundamentais para o Superior Tribunal de Justiça e para a sociedade, que necessita de Órgãos do Poder Judiciário eficientes e respeitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LEGISLAÇÃO:

1. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF : Senado, 1988.
2. BRASIL. *Código Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
3. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
4. BRASIL. Lei Complementar 75, de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo*. Brasília-DF, 21 maio, 1993, Seção 1.

5. BRASIL. Lei 8.072, de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo*. Brasília-DF, 26 jul. 1990, Seção 1.
6. BRASIL. Lei 8.625, de 1993. Lei Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo*. Brasília-DF, 15 fev. 1993, Seção 1.
7. BRASIL. Lei 9.249, de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo*. Brasília-DF, 27 dez. 1995, Seção 1.

## **LIVROS:**

1. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo : Renovar, 2001. 967 p. ISBN 85-7147-079-0.
  2. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 215 p. ISBN 85-203-1378-7.
  3. \_\_\_\_\_. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 392 p. ISBN 85-203-1750-2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 463 p. ISBN 85-203-1554-2.
4. \_\_\_\_\_. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 615 p. ISBN 85-203-1762-6.



## PERIÓDICOS E COLETÂNEAS:

1. ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 37/47, ISBN 85-7248-035-8.
2. BATISTA DA SILVA, Ovídio A. A Função dos Tribunais Superiores. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145-166, ISBN 85-7248-035-8.
3. BRITO, Washington Bolívar de. Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 57-65, ISBN 85-7248-034-X.
4. CABRAL, Bernardo. Superior Tribunal de Justiça: 10 anos. In: *STJ 10 Anos – Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 49-60, ISBN 85-7248-035-8.
5. CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 16-21, ISBN 85-7248-034-X.
6. CENEVIVA, Walter. O Grande Tribunal da Lei. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 279-302, ISBN 85-7248-035-8.
7. CRUZ NETO, Olímpio. Um Marco no Judiciário, *Revista Mérito*, ano 1, nº 1, p. 5-16, abr. 1997.
8. DANTAS, José Fernandes. O Recurso Especial — Jurisprudência Nascente. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 21-28, ISBN 85-7248-034-X.
9. MARINHO, Josaphat. Um Tribunal e sua Perspectiva Histórica. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 115-122, ISBN 85-7248-035-8.

10. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez Anos de STJ. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 83-90, ISBN 85-7248-035-8.
11. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. *Revista do TST*, vol. 65, nº 1, p. 85-114, out.-dez./99.
12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento do Recurso Especial EX art. 105, III, 'a', da Constituição da República: Sinais de Uma Evolução Auspiciosa. In: *STJ 10 Anos — Obra Comemorativa*. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 123-134, ISBN 85-7248-035-8.
13. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma Proposta em Torno do Conceito de Jurisprudência Dominante. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 5, nº 18, p. 746-751, dez. 2000.
14. \_\_\_\_\_, Teresa Arruda Alvim. Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?, *Revista de Processo*, v. 25, nº 98, p. 295-306, abr./jun. 2000.
15. ZVEITER, Waldemar. O Superior Tribunal de Justiça e o Federalismo Nacional, *Revista de Direito Renovar*, p. 02-17, set.-dez./99.

#### **ARTIGOS NA INTERNET:**

1. ARAÚJO, Antônio de, Nogueira de Brito, Luís Miguel e Costa, Joaquim Pedro Cardoso da. As Relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras Jurisdições Nacionais, incluindo a Interferência, nesta Matéria da Acção das Jurisdições Europeias, XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, maio de 2002. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em 15 de julho de 2002.
2. BANDEIRA, Regina Maria Groba. Seleção dos Magistrados no Direito Pátrio e Comparado. Viabilidade Legislativa de Eleição Direta dos Membros do Supremo Tribunal Federal. Disponível <<http://>

[www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/200366.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/200366.pdf). Acesso em 15 de julho de 2002.

3. Competência do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em ,<<<http://www.stj.pt>>>. Acesso em 17 de julho de 2002.
4. MARQUES, Luis Guilherme. A Justiça na França. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcost0018.htm>>. Acesso em 15 de julho de 2002.
5. OLIVEIRA, Mariana. Via-crúcis nos Tribunais. Disponível em <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em 15 de julho de 2002.
6. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Jurisdição das Liberdades 0Públicas. Disponível em <http://www.uff.br/direito/artigos/perling3.htm>. Acesso em 15 de julho de 2002.

# **MENORIDADE PENAL E IMPUNIDADE: DIVERGÊNCIA ONTOLÓGICA\***

**Marcelo Bruno Ferraz**

Aluno da Fundação Escola Superior do  
Ministério Público do Distrito Federal  
e Territórios

## **1 INTRODUÇÃO: ABORDAGEM DO TEMA**

A Lei nº 8.069, de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – E.C.A.), inovou no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo uma tendência mundial, de tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e deveres, orientação já esposada pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e pela Magna Carta de 1988.

O Estatuto Menorista sistematizou regras e princípios próprios de sua seara, tendo como norte balizador o objetivo de garantir o desenvolvimento adequado a indivíduos ainda em fase de formação.

A citada lei traz diretriz aplicada ao jovem que se desvia dos caminhos da legalidade, a qual, por vezes, é causa de muita divergência. Essa dissonância ocorre entre aqueles que defendem a manutenção da idade de 18 (dezoito) anos como limitadora da responsabilidade penal e os que defendem a redução para 16 (dezesseis) ou, mais radicalmente, para 14 (quatorze) anos de idade. Estes defendem a redução movidos por um senso de impunidade e excessiva proteção por parte do Estado para com o menor. Para eles o Estado está a agir com o adolescente em conflito com a lei como um pai que passa a mão sobre a cabeça do filho que fez uma malcriação. Os defensores da redução não conseguem ver punição para os menores que

---

\* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a Orientação do Professor Anderson Pereira de Andrade.

praticam atos infracionais cujo resultado fenomênico é o mesmo dos adultos que os praticam. Em um primeiro momento esse raciocínio parece lógico.

Contudo, ao longo deste estudo, que abordará o tema da imputabilidade e da redução da maioridade penal, o leitor poderá verificar que esse raciocínio – aparentemente lógico – parte de premissa errada, chegando, em consequência, a uma conclusão também errada, ou seja, eles pecam ao igualar desiguais. Mesmo tendo sido a conduta do jovem que mata a mesma da do adulto, a desigualdade repousa no fato de o infrator adulto já estar com o seu caráter formado, o que não ocorreu, ainda, com o inimputável, que não possui a plena noção da moral e da justiça de caráter que devem conduzir um cidadão em sociedade.

A aplicação de uma mesma norma àqueles que estão em processo de formação de seu caráter e àqueles que já o tem formado seria causa de extrema injustiça. Neste caso é necessário que se tenha dois pesos e duas medidas. A reeducação deve possuir relevo maior na aplicação de uma medida sócioeducativa do que tem na pena aplicada a um crime.

Não é de se estranhar o crescente número de adeptos dos defensores da redução da maioridade penal, em tempos de violência crescente e aparente fragilidade estatal em seu combate. Nos meios de comunicação virou rotina a notícia de crimes violentos praticados por jovens, muitas vezes até crianças, o que faz que a população exija uma solução imediatista, qual seja, o rebaixamento da idade para a responsabilização penal, como resposta à impunidade reinante entre os jovens em conflito com a lei. No entanto, os defensores da redução – movidos pela emoção de parte da população que clama por uma resposta do Estado que seja eficaz e imediata – não conseguem ver que o encarceramento desses jovens com os maiores geraria uma drástica redução na possibilidade de ressocialização, sem falar, é claro, em superlotação carcerária.

O presente trabalho pretende demonstrar os argumentos que norteiam as convicções daqueles que defendem e dos que são contrários à redução da maioridade penal, e se o limite fixado em 18 (dezoito) anos está ou não a gerar impunidade. Dessa forma, busca-se trazer à lume uma orientação que

possibilite enriquecer a discussão de tão importante assunto, uma vez que está diretamente relacionado à paz social e ao futuro do País.

Postas as idéias iniciais, iniciaremos o estudo proposto, amparado pela doutrina e jurisprudência, pautando o trabalho em técnica jurídica e raciocínio lógico-formal, chegando, ao final, a uma conclusão racional sobre o tema.

## 2 A IMPUTABILIDADE PENAL

Antes de adentrarmos no tema proposto neste trabalho, relativo à redução da idade limite para responsabilização penal e o mito que cerca o tema “impunidade” em sede de Direito de Menores, entendemos ser de extrema importância algumas palavras sobre a imputabilidade e as conseqüências de seu reconhecimento. Nesse sentido, passemos, inicialmente, à noção conceitual da imputabilidade penal.

### 2.1 CONCEITO

A imputabilidade penal é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento.<sup>1</sup>

O conceito de imputabilidade não consta de forma expressa em nosso Código Penal, podendo, contudo, ser extraído da interpretação, *a contrario sensu*, do *caput* do art. 26, o que prevê:

“Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

---

<sup>1</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.197.

Nosso diploma legal prevê como causas que excluem a imputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do Código Penal). Para que esses fatores dêem ensejo à inimputabilidade – excetuando-se o desenvolvimento mental incompleto em razão da menoridade – é necessário que o agente, em razão dessas deficiências, não possua ao tempo da ação ou omissão capacidade de discernimento.

Imputar é o mesmo que atribuir algo a alguém. Ao dizer-se que determinado fato é imputado a alguém, está-se atribuindo a esta pessoa a causa do fato. E mais, ao imputar a alguém determinado fato, estamos afirmando que a pessoa é responsável juridicamente por ele, estando passível de ser responsabilizada, nos moldes previstos na legislação vigente. Podemos aferir a carga valorativa do termo *imputabilidade*. O termo imputar vem do latim *imputare*, que significa levar em conta, atribuir, aplicar, exprimindo a qualidade do que é imputável.<sup>2</sup>

A imputabilidade pode se referir também ao agente e não somente ao fato. Nesse caso significará, segundo afirma Mirabete, aptidão para ser culpável,<sup>3</sup> ou seja, o agente estará dotado de aptidão para ser penalmente responsabilizado. Este segundo sentido, relativo ao agente que pratica um crime ou um ato infracional, caso se refira a menor de 18 (dezoito) anos, é que interessará ao nosso estudo e será desenvolvido nas páginas seguintes.

## **2.2 CRITÉRIOS ADOTADOS PARA AFERIR A AUSÊNCIA DE IMPUTABILIDADE**

Conforme exposto no item anterior, o agente só será imputável quando for capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de determinar-se de acordo com este entendimento, ou seja, exige-se do sujeito um grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e adequar sua conduta à sua consciência. Quem não tiver esta capacidade de entendimento e de determinação será considerado inimputável,

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 435.

<sup>3</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994. vol.1, p. 202.

eliminando-se, em conseqüência, a culpabilidade, vista como juízo de reprovação.

O mestre Francisco de Assis Toledo resumiu com grande precisão a clássica doutrina que adota três critérios, ou sistemas, para verificar se o sujeito é inimputável e isento de pena pela ausência de culpabilidade, quais sejam, o critério biológico, o critério psicológico e o critério biopsicológico.<sup>4</sup>

### **2.2.1 CRITÉRIO BIOLÓGICO OU ETIOLÓGICO**

É aquele segundo o qual todo indivíduo que apresenta uma anomalia psíquica é sempre considerado inimputável, independentemente dessa anomalia haver retirado do agente o entendimento e a vontade no momento da prática da ação ou omissão. Este critério é falho por deixar impune aquele que possui entendimento e capacidade de determinação, apesar de portar uma doença mental ou ter seu desenvolvimento mental incompleto.

### **2.2.2 CRITÉRIO PSICOLÓGICO**

Este critério se prende apenas à verificação das condições psíquicas do agente no momento do fato, ficando afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou de distúrbio patológico. Este critério, de difícil averiguação, mostrou-se falho na legislação penal anterior ao Código de 1940, que previa a figura da “perturbação dos sentidos”.

### **2.2.3 CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO OU BIOPSIOLÓGICO NORMATIVO OU MISTO**

É o critério adotado pelo direito brasileiro no art. 26 do Código Penal e combina os dois critérios anteriores. Por esse critério verifica-se, primeiramente, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado; estando afastada a hipótese anterior, verifica-se

---

<sup>4</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. [s.d.]. p.314-315.



se o agente era capaz de entender o caráter ilícito do fato e, finalmente, indaga-se se o agente era capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. Estando afastada uma das três hipóteses acima, o agente será considerado inimputável. Vale ressaltar que para aferir se alguém é imputável faz-se necessária resposta afirmativa às três etapas acima descritas.

Na expressão *doença mental* encontram-se as alterações mórbidas da saúde mental e nela se incluem as psicoses e as neuroses, sendo que estas dificilmente conduzem a um estado de incapacidade de entendimento e autogoverno. Os *intervalos lúcidos* não possuem relevância jurídica.

O *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* está inserido nos casos de anomalias do desenvolvimento mental, como por exemplo, os oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais), nos casos de surdo-mudez não educados e os silvícolas (assim impropriamente considerados).

O mestre HELENO FRAGOSO entende censurável a orientação segundo a qual é exigido do agente, além da anomalia ou de seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que ainda resulte a incapacidade de entender a ilicitude do ato ou de determinar-se segundo tal entendimento. O saudoso professor critica esse critério lembrando que, na dúvida sobre a sanidade mental do acusado, caberá ao perito dirimi-la (art. 149 do CPP). Nesse sentido a observação do citado doutrinador:

“Importantes psiquiatras têm assinalado as dificuldades a que conduz o critério legal, que concebe a psicologia da ação de forma que não corresponde à realidade. A ação se divide numa parte racional ou intelectual e noutra parte em que se opera a decisão da vontade. O perito pode constatar o estado de alteração mórbida do psiquismo, de fundo biológico, e assim, pode afirmar se o acusado e, ou não, portador de qualquer das doenças mentais, mas são irrespondíveis as indagações sobre a capacidade de entendimento do injusto e sobre a capacidade de determinação segundo tal entendimento (*Kurt Schneider*).”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit. p.199-200.

Apesar da autoridade da opinião acima descrita, HELENO FRAGOSO reconhece a aplicação do critério biopsicológico e arremata:

“O juízo sobre a imputabilidade, no entanto, é feito com critérios normativos e compete ao juiz. Não se trata apenas de saber se o acusado tinha, ou não, uma genérica capacidade de entender e querer, mas sim se era capaz de um obrar reprovável, ou seja, se era capaz de entender a *ilicitude* e de se determinar segundo *esse* entendimento. O juízo de imputabilidade considera o conjunto da personalidade do acusado, tendo-se em vista as exigências do ordenamento jurídico, sendo um juízo sobre a *capacidade de culpa*, que tem por base a capacidade de genérica atuação conforme o direito. Quem pode atuar conforme o direito é capaz de atuar culpavelmente.”<sup>6</sup>

A doutrina e jurisprudência pátria são pacíficas em estabelecer que a culpabilidade é um juízo de censura, de reprovação, que é feito ao agente do crime, quando, pelas circunstâncias deveria e poderia ter agido conforme a norma. Sendo assim, é fácil observar que a imputabilidade se coloca como um antecedente lógico da culpabilidade, onde, sendo esta pessoal, é necessário primeiro que se perquiria da imputação ao agente para, só após, abrir-se o caminho para a formulação da censura contra aquele que se desviou dos caminhos da legalidade. A imputabilidade, portanto, segundo a opinião de Heleno Fragoso<sup>7</sup> e Francisco de Assis Toledo<sup>8</sup>, é a capacidade de culpa, constituindo pressuposto da culpabilidade e não elemento.

Portanto, a conduta ilícita praticada por um jovem infrator só será reprovada (incidindo a culpabilidade) caso seja possível imputar<sup>9</sup> a ele determinado fato, pois, somente assim será possível afirmar sua responsabilidade perante a lei.

<sup>6</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit, p. 200.

<sup>7</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit, p. 197.

<sup>8</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit, p. 314.

<sup>9</sup> Imputar aqui, entenda-se atribuir. É tecnicamente mais correto esse sentido, uma vez que a imputabilidade exige uma especial condição psíquica do agente que não é aferida na aplicação do E.C.A.

Releva notar que o critério biopsicológico é aplicado aos maiores de 18 anos de idade, os imputáveis, pois, para os menores, os inimputáveis, basta a causa biológica, sem necessidade de qualquer indagação de ordem psicológica para excluir a inimputabilidade.

### 2.3 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Trata-se de expressões constantemente confundidas, mas que não possuem o mesmo significado. A distinção entre imputabilidade e responsabilidade ganha relevo na atualidade em virtude da tese levantada por aqueles que defendem a redução da idade limite da maioridade penal, ao afirmarem que o limite de 18 (dezoito) anos resulta em impunidade.

A imputabilidade, como visto no início deste trabalho, é a condição ou capacidade pessoal que o sujeito mentalmente desenvolvido possui de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento.

A responsabilidade penal constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos.<sup>10</sup> Conforme ensinamento de Magalhães Noronha, a responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ele depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo.<sup>11</sup> Sobre a citada “consciência da antijuridicidade” discutiremos com mais vagar adiante.

Apesar de pacífica hoje a distinção entre imputabilidade e responsabilidade, Nelson Hungria não os distinguia afirmando que “a distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade representam

---

<sup>10</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit, p. 314.

<sup>11</sup> MAGALHÃES NORONHA, apud DAMÁSIO E. DE JESUS. Op. Cit, p. 468.

conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser consideradas *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, ambos os vocábulos podem ser indiferentemente empregados, para exprimir tanto a capacidade penal *in genere*, quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto, pois uma e outra são aspectos da mesma noção.”<sup>12</sup>

Basileu Garcia, citando JIMÉNEZ DE ASÚA, esposa o entendimento da maioria da doutrina afirmando:

*“La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, em última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible.”*<sup>13</sup>

### 2.3.1 INIMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

O critério biológico adotado pelo Código Penal estabeleceu a absoluta presunção de inimputabilidade aos menores de 18 (dezoito) anos:

“Art. 27. Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Da mesma forma, a Constituição Federal também fixou como marco para início da imputabilidade os 18 (dezoito) anos de idade:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

---

<sup>12</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 320-321.

<sup>13</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit, p. 313.

O discurso inflamado e pouco criativo dos defensores da redução do termo inicial para a responsabilização penal se apegam, principalmente, na grande falácia de que o menor de dezoito anos fica impune ou não responde pelo ato infracional praticado.

Esse pensamento precisa ser desmistificado, uma vez que o jovem infrator se submete a julgamento, dentro do devido processo legal, podendo ser fixada uma medida sócioeducativa privativa de liberdade (internação), da mesma forma que uma pena criminal.

A inimputabilidade referida nos artigos do Código Penal e nos da Constituição Federal acima citados, não se referem à irresponsabilidade. Talvez a particularidade do tratamento dispensado aos jovens, inclusive com termos próprios, para designar situações ocorrentes no juízo criminal comum, camufle a rigidez e eficiência das medidas sócioeducativas.

A doutrina nacional faz referência à eufemização dos termos ocorrentes em sede de Direito de Menores, procurando, dessa forma, resguardar a cidadania daquele que brevemente estará de volta à sociedade e que precisa estar livre de todo preconceito e discriminação para que possa levar uma vida digna sem que o passado de atos infracionais seja uma mácula em sua história.

Na menoridade penal a consequência jurídica do descumprimento da norma será a aplicação de uma “medida sócioeducativa” e não pena. Outra forma de “eufemismo” adotado pelo E.C.A é a convenção terminológica relativa à prisão de adolescente, aqui denominada “apreensão” (v.g., arts. 107, 171 e 172).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo orientação constitucional (art. 5º, LIV), concedeu aos jovens infratores garantias processuais na busca da justiça. Portanto, diante da prática de um ato infracional incidirá a *imputatio facti*, com aplicação de medida sócioeducativa, após respeitados o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e a possibilidade de constituir um profissional técnico para sua defesa (arts. 110 e 111 do E.C.A). Com isso,

podemos verificar que os maiores de 18 (dezoito) anos possuem responsabilidade penal, enquanto os adolescentes possuem responsabilidade estatutária.

Portanto, a idéia de inimizabilidade não está associada à de impunidade. Muito por isso que o doutrinador Wilson Donizeti Liberati fez uso da expressão “inimizabilidade infante-juvenil”, procurando, dessa forma, afastar a noção de irresponsabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos.

Ao definirmos a inimizabilidade como sendo a “indicação da pessoa ou do agente, a quem se deve atribuir ou impor a responsabilidade, ou a autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído, ou de cujas conseqüências seja responsável”<sup>14</sup> (g.n.), mostra-se plenamente aceitável a denominação de inimizabilidade infante-juvenil, ante a incidência da reprimenda em face do descumprimento da lei. Para isso, o Estatuto previu os instrumentos necessários à reeducação e à ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

Há quem defenda a tese de que as diferenças existentes entre o adulto e o adolescente, sob a ótica criminal, são meramente terminológicas, idéia, aliás, com a qual não comungamos.

Quando o art. 103 do Estatuto considera o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, não está afirmando serem sinônimos, não está dizendo que ato infracional é crime ou que ato infracional é contravenção.

O Estatuto é bem claro ao considerar como ato infracional a *conduta*. Segundo Damásio de Jesus, a conduta “é a ação ou omissão humana consistente e dirigida a determinada finalidade”.<sup>15</sup> O art. 103 do E.C.A não está se referindo a qualquer conduta; deve ser uma conduta específica, ou seja, a conduta que define o que seja ato infracional deve ser aquela que

---

<sup>14</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>15</sup> JESUS, Damásio E. de. *Op. Cit.*, p. 227.

venha a ser descrita como crime ou contravenção. Sendo assim, segundo orientação do professor Vicente de Paula Ataíde Júnior<sup>16</sup>, pela dicção do art. 103 do Estatuto, a definição de ato infracional é estabelecida, tão-somente, com a tipicidade da conduta, não se exigindo que seja antijurídica ou culpável.

Uma análise sistemática do art. 103 do E.C.A com outras normas do Estatuto possibilita identificar uma estrutura dogmática singular do ato infracional que o diferencia do conceito de crime. A verificação das particularidades do ato infracional e do crime é de extrema importância na averiguação dos critérios a serem adotados na imposição da reprimenda a ser fixada pelo juiz, uma vez que ambos possuem finalidades diferentes, ou seja, ao inimputável busca-se aplicar medidas de cunho pedagógico e socializante, enquanto aos adultos, na maioria das penas, a finalidade será de cunho punitivo ou retributivo.

Essa diferenciação não apenas terminológica, mas também ontológica entre ato infracional e crime, entre medida sócioeducativa e pena, demonstra que o tratamento dispensado aos jovens e aos adultos possuem objetivos diferentes, cuja similitude reside apenas na proposta de reinserção social de um cidadão recuperado e consciente de seus erros.

Portanto, a nosso sentir, não existe eufemização ao compararmos o Estatuto e o Código Penal, uma vez que a diferença entre ambos está no sistema por eles adotado, onde aquele é mais pedagógico e flexível que o juízo criminal, permitindo, sim, maiores alternativas na execução das sentenças, com apoio e orientação, inclusive, de familiares. Os princípios norteadores de tais leis não são os mesmos e a aplicação dos institutos do CPB e do E.C.A ocorrem de forma diferente, conforme veremos no próximo subitem.

---

<sup>16</sup> ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Contribuição para um conceito de ato infracional*. [s.l.] Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP, 1998.

As informações acima demonstram que o adolescente em conflito com a lei é, sim, responsabilizado pelo ato infracional cometido, não se deixando margem à impunidade. O art. 112 do Estatuto traz o elenco das medidas sócioeducativas aplicáveis ao adolescente:

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.”

As medidas sócioeducativas, como visto, são aquelas impostas ao adolescente autor de ato infracional. Elas se destinam a redirecionar a conduta do adolescente, procurando inculcar-lhe valores éticos e morais necessários na vida em comunidade, fazendo uso, para isso, de métodos sociais e psicológicos, e contando, sobretudo, com o apoio familiar.

A primeira medida é a *advertência*, prevista no art. 115 do E.C.A. A aplicação desta medida se faz por meio de admoestação verbal pelo juiz perante o adolescente e seus responsáveis, em audiência e consubstanciada em termo próprio. Não haverá o contraditório, uma vez que é aplicada em caso de atos infracionais leves ou no caso de adolescentes primários. Da aplicação da advertência deverão constar as exigências e orientações a serem cumpridas pelo jovem, devendo receber a assinatura do juiz, do promotor, do adolescente e de seus pais ou responsável.

A segunda medida é a *obrigação de reparar o dano* (art. 116 do E.C.A.) e visa a compensar os prejuízos sofridos pela vítima. Dado seu cunho pedagógico, a medida só poderá ser aplicada ao adolescente e havendo manifesta impossibilidade de cumprir a obrigação, a medida poderá ser substituída por outra mais adequada. A aplicação dessa medida deverá ser imposta mediante procedimento contraditório, exigindo-se, ainda, que sejam



assegurados os direitos constitucionais de ampla defesa, de igualdade processual, da presunção de inocência e da assistência técnica de advogado.

Outra medida sócioeducativa é a *prestação de serviços à comunidade* (art. 117 do E.C.A.). Trata-se de medida alternativa da internação, em que o infrator cumprirá tarefas junto a entidades sociais, de interesse geral, sob a fiscalização da comunidade e supervisão do juiz, do promotor de justiça e de técnicos da área social, que informarão o comportamento do jovem por meio de relatórios. O trabalho deve ser gratuito, por um período máximo de 6 (seis) meses e não poderá refletir uma relação empregatícia, devendo, então, refletir um ônus ao adolescente. As tarefas deverão ser atribuídas conforme as aptidões do adolescente e serem cumpridas durante jornada máxima de 8 (oito) horas semanais, sem que prejudique a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. Em consonância com o art 112, § 2º do Estatuto, a prestação de serviços à comunidade não pode ser imposta contra a vontade do adolescente, ante a proibição de impor-lhe trabalho forçado e obrigatório. Concordamos com a lição de Waldir Snick de que “a prestação de serviços à comunidade preenche os objetivos da pena: é reeducativa (terapia laboral), retributiva (trabalho gratuito com valor comunitário) e intimidativa”.<sup>17</sup>

A medida de *liberdade assistida* (arts. 118 e 119 do E.C.A.) é adequada àqueles adolescentes que necessitam de orientação e assistência social realizada por técnicos especializados. Ela visa à recuperação e à reinserção do adolescente no âmbito familiar e comunitário. O orientador deverá ter formação técnica e apresentar relatório sobre as atividades desenvolvidas e sobre o comportamento do adolescente no cumprimento das obrigações fixadas judicialmente. O Estatuto não define as orientações a serem seguidas pelo adolescente em cumprimento de liberdade assistida, cabendo tal tarefa à autoridade judiciária. A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses e perdurará enquanto o adolescente necessitar de acompanhamento, auxílio e orientação. Essa medida poderá ser substituída

---

<sup>17</sup> SNICK, Waldir, *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

por outra medida sócioeducativa ou de proteção, cabendo ressaltar que a liberdade assistida aplicada por força de remissão somente poderá ser substituída pela semiliberdade ou internação caso se instaure o devido processo legal.

A medida de *semiliberdade* é a quinta medida sócioeducativa e está prevista no art. 120 do E.C.A. Trata-se de política de atendimento destinada a adolescentes infratores que trabalham e estudam durante o dia e à noite recolhem-se a uma entidade especializada. A aplicação dessa medida sócioeducativa exige o devido processo legal e pode ser de dois tipos: tratamento tutelar fixado pelo juiz desde o início e aquele caracterizado pela progressão de regime (de internação para a semiliberdade). Nessa medida é fundamental que o jovem realize atividades em meio aberto, como por exemplo, freqüentando a escola e realizando trabalho remunerado, sob pena de perder sua finalidade. Ao se recolherem à noite, o acompanhamento, auxílio e orientação serão complementados pelos técnicos sociais. Essa medida é aplicada, geralmente, a jovens mais agressivos que aqueles a quem foi aplicada a liberdade assistida, e também a jovens instáveis emocionalmente, seja por problemas familiares ou sentimento de inferioridade, na maior parte das vezes plantado por uma sociedade excludente. O período de permanência do adolescente não é fixado pelo Estatuto, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação (art. 120, § 2º).

A sexta medida, e a mais drástica, é a *internação por período indeterminado* (arts. 121 a 125 do E.C.A.). Trata-se de medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O princípio da brevidade significa que a medida de internação deverá durar pelo tempo mínimo necessário a conscientizar o jovem de suas responsabilidades, sem, contudo, perder o caráter de reprimenda pelo ato delinqüencial. A internação será avaliada a cada seis meses (art. 121, § 2º) e o período máximo será de três anos (art. 121, § 3º).

Pelo princípio da excepcionalidade a medida de internação somente será aplicada se for inviável a aplicação de qualquer outra medida sócioeducativa. Sendo possível a aplicação de outra medida, o juiz não deve furtar-se a aplicá-la, uma vez que essa medida extrema da internação deve restringir-se aos casos de atos infracionais praticados mediante grave ameaça ou violência à pessoa e por reiteração no cometimento de outras infrações graves.

O princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento impõe ao Estado o dever de zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança (art. 125). Importante lição de Roberta Brenner de Moraes nos mostra que “o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao acolher a Doutrina da Proteção Integral, garante à criança e ao adolescente direitos especiais e específicos por reconhecer a característica peculiar de pessoa em desenvolvimento. Estabelece, diante da prática de ato infracional, nas hipóteses taxativamente indicadas no art. 122, a possibilidade de, excepcionalmente, ser aplicada medida privativa de liberdade ao adolescente”.<sup>18</sup>

O período máximo de internação será três anos (art. 121, § 3º), valendo destacar que a prática de outro ato infracional durante o seu cumprimento, submeterá o infrator a outra medida sócioeducativa. Dessa forma, as medidas de internação serão cumpridas separadamente. Assim, caso o jovem esteja internado há dois anos e onze meses e sendo prolatada nova sentença fixando-lhe a medida de internação por prazo indeterminado, o prazo de três anos começa a correr todo novamente. O adolescente passa a cumprir a medida no processo mais recente, havendo o arquivamento do(s) anterior(es). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue essa orientação, e, em recente julgado, dispôs:

---

<sup>18</sup> DE MORAES, Roberta Brenner. *Extensão dos Efeitos da Medida Sócio-Educativa de Internação*. Tese apresentada no 18º Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP. [s.l.] : 1999.

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. PRAZO. O prazo de 3 (três) anos previsto no artigo 121, § 3º da Lei 8.069/90 é contado separadamente em cada medida sócio-educativa de internação aplicada por fatos distintos. Recurso desprovido.”<sup>19</sup>

Dessa forma, afasta-se a idéia de que o adolescente colecionará sentenças a serem cumpridas quando ele já está sob a tutela estatal. Essa idéia está em consonância com o caráter reeducador e ressocializante das medidas sócioeducativas e com o princípio da Proteção Integral que rege o Estatuto Menorista.

O menor de 18 (dezoito) anos que foi internado só poderá cumprir medida sócioeducativa até os 21 (vinte e um) anos (art.121, §5º). Alcançada esta idade a liberação da internação é medida que se impõe. Alcançada esta idade limite o juiz não poderá impor qualquer medida sócioeducativa ao infrator. Situação diferente ocorre quando cumpridos três anos de internação (desde que não tenha ainda vinte e um anos de idade), oportunidade em que o juiz poderá liberar o jovem ou aplicar a progressão da medida, impondo a ele as medidas de semiliberdade ou de liberdade assistida.

A Lei Federal nº 8.069/90 (E.C.A.), ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, que era até então admitida pelo extinto Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10.10.79), estabeleceu como diretriz no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral. O legislador foi coerente com a previsão constitucional sobre a matéria e com os documentos internacionais aprovados pelas Nações Unidas.

E foi justamente visando ao respeito do princípio da proteção integral que o Estatuto previu, além das medidas sócioeducativas voltadas ao redimensionamento da conduta do adolescente em conflito com a lei, as medidas protetivas e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, visando,

---

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma, ROHC nº 12.187/RS. Relator: Felix Fischer. Data do julgamento: 5 de fevereiro de 2002. DJ de 4 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 3 jun. 2002.

desse modo, a assegurar ao adolescente uma boa estrutura familiar, médica e psicológica para evitar a reincidência.

Busca-se, assim, proteger a criança e o adolescente de quaisquer agentes ou fatores que os desvirtuem dos caminhos da legalidade, sejam eles advindos ou não da sociedade.<sup>20</sup>

As medidas protetivas previstas no art. 101<sup>21</sup> do Estatuto estão mais voltadas ao jovem infrator, que, sendo na maioria das vezes alvo da exclusão social, precisa de ajuda urgente para que tenha uma vida digna e saudável. Contudo, esse artigo também pode ser voltado para a família desse jovem, que, por meio de inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio (inc. VI), poderá obter um acompanhamento especializado para solucionar alguns problemas, seja pelo encaminhamento a clube de famílias, órgãos de orientação e aconselhamento ou mesmo suprindo necessidades básicas de alimentação.

O acompanhamento familiar do jovem no decorrer do cumprimento da medida sócioeducativa, aplicada em virtude da prática de um ato infracional, é de extrema importância em seu processo de reeducação e ressocialização. Atento a isso, o Estatuto prevê no artigo 129 medidas aplicáveis apenas aos pais ou responsáveis.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> O art. 98 do Estatuto prevê que “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta.”

<sup>21</sup> “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – abrigo em entidades; VIII – colocação em família substituta.”

<sup>22</sup> “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII – advertência; VIII – perda da guarda; IX – destituição de tutela; X – suspensão ou destituição do pátrio poder.”

Vale salientar que, em caso de adolescente que sofre maus-tratos ou é violentado sexualmente dentro de casa, a lei possibilita até a suspensão ou destituição do pátrio poder, ressalvando-se, contudo, que a carência ou falta de recursos materiais não constitui motivo para aplicação dessa medida drástica (art. 23, E.C.A). Trata-se da especial proteção que o Estado deve dar à família, conforme dicção do art. 226 da Constituição Federal.

Não se discute o fato do adolescente infrator necessitar de ajuda e orientação. Ocorre que a quase totalidade dos atos infracionais são praticados por jovens cujas famílias também precisam de cuidados especiais. Não devemos perder de vista que a família é o núcleo principal da sociedade e a sua preservação tem reflexos imediatos na paz social. Daí a importância do art. 129 do Estatuto, preparando e orientando a família do adolescente infrator para recebê-lo e proporcionar a ele um ambiente salutar a seu pleno desenvolvimento.

As medidas acima citadas são relatadas ao Juízo da Infância e Juventude para que seja possível o acompanhamento pelo juiz e pelo promotor de justiça dos progressos obtidos.

Todas as medidas dispostas no Estatuto dão conta do cabedal à disposição dos operadores do Direito na reinserção social do jovem. O Estatuto prevê, inclusive, medidas que não possuem equivalentes no Código Penal, como a advertência e a liberdade assistida.

O desconhecimento da lei – nesse caso particular, do Estatuto – muitas vezes pode levar os mais desavisados a argumentarem sua ineficiência ou sua inadequação diante da realidade social. A verdade é que temos uma excelente legislação de menores, a qual não é respeitada ou implementada como deveria, não havendo o respeito aos princípios que a regem e aos objetivos que almeja.

Se essas medidas não são aplicadas, sobretudo nos estados mais carentes da federação, é porque o Executivo e o Legislativo são omissos em relação aos jovens e não procuram dar estrutura material e humana

tendentes a viabilizar o pleno atendimento dos homens de amanhã. Diante da prática de um ato infracional, a população pretende uma resposta imediata, o que serve de incentivo aos legisladores em dar a ela uma satisfação pelo salário recebido, procedendo à uma verdadeira inflação legislativa, motivada pelo direito emocional, que não tem sido eficaz; que o diga a famigerada Lei dos Crimes Hediondos.

O fato é que o Estatuto tem sido eficaz, apesar dos problemas acima apontados, tanto que as estatísticas comprovam que não chega a 10% (dez por cento) os atos infracionais entre todos os delitos praticados no País.<sup>23</sup> Poderia ser melhor? Não se discute que sim. Esperemos uma resposta, principalmente do Executivo, para tal, pois, jogar a culpa no Ministério Público e no Judiciário é, deveras, cômodo.

### **2.3.2 A MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA E O MITO DA BRANDURA**

O advento da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), mudou o paradigma no tratamento normativo destinado às crianças e aos adolescentes em relação à anterior Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores).

Com o Estatuto, que veio regulamentar os arts. 227 a 229 da Constituição Federal de 1988, inauguraram-se os postulados da Doutrina da Proteção Integral<sup>24</sup> (art. 1º do E.C.A.), pondo fim à chamada Doutrina

<sup>23</sup> KAHN, Tulio. *Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, (s.l.) ano 9, julho-2001, nº 104. p.11.

<sup>24</sup> SARAIVA, João Batista da Costa. (in *Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas sócioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.16/17) afirma que a Doutrina da Proteção Integral parte do pressuposto de que todos os direitos da criança e do adolescente devem ser reconhecidos. A Doutrina da Proteção Integral tem por norte a Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças e estabelece que estes direitos se constituem em direitos especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento. Dessa forma, as leis internas e o sistema jurídico dos países que a adotam devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até dezoito anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, entre outros. A Doutrina da Proteção Integral foi adotada pela Constituição Federal, estando consagrada em seu art. 227.

da Situação Irregular<sup>25</sup>, inspiradora do Código de Menores. A partir de então as crianças e os adolescentes passaram a ser vistos, do ponto de vista jurídico, como sujeitos de direitos e não mais como meros objetos da tutela estatal.

Talvez a antiga doutrina, fundada na compaixão e caracterizada pelo assistencialismo, somada à violência crescente das últimas décadas, tenha incutido na população a sensação de impunidade relativamente aos jovens infratores. Contudo, esse pensamento não condiz com a realidade, pois, conforme já exposto, comparativamente aos delitos praticados por adultos, os atos infracionais estão em uma proporção muito menor.

A Lei Menorista inaugurou o Direito da Criança e do Adolescente como nova espécie jurídica no País, munindo os operadores do Direito com medidas sócioeducativas e medidas protetivas hábeis à sua finalidade ressocializante.

O Estatuto é uma lei benevolente, sem que isso importe em instrumento de impunidade. Não poderia deixar de sê-lo, uma vez que os princípios que o norteiam estão em consonância com um modelo de proteção, não mais assistencialista como outrora, mas eminentemente reeducador. Entretanto, isso não quer dizer que as medidas ali previstas não contenham também um cunho repressivo, pois é importante que o adolescente saiba que de um ato contrário à lei que venha a praticar, haverá a correspondente sanção.

Conforme visto no subitem anterior, a sanção em sede de Direito de Menores poderá ser desde uma simples advertência até a restrição da liberdade do jovem. A segregação, contudo, só se dará em casos extremos, em respeito ao princípio da excepcionalidade da medida de internação. Transportando os ensinamentos do mestre Heleno Fragoso para a medida sócioeducativa, mostram-se oportunas suas palavras, tendentes a demonstrar a excepcionalidade da restrição de liberdade de alguém. Senão vejamos:

---

<sup>25</sup> O autor acima referido define a Doutrina da Situação Irregular como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, a chamada situação irregular, ou seja, quando não se ajustam ao padrão estabelecido. A declaração da situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono).



“ Não se explica ou justifica por que uma ação culpável qualquer deve ser submetida à pena. *Roxin* também observa que a idéia da retribuição compensadora só se faz plausível mediante um ato de fé, pois racionalmente não se compreende como se pode apagar o mal cometido, acrescentando-se um segundo mal, o sofrimento da pena. ”<sup>26</sup>

Apesar da possibilidade de internação de adolescentes infratores, a previsão do Estatuto de que 'em hipótese alguma o período máximo de internação excederá a três anos' (art. 121, § 3º) serve de combustível à dialética reducionista ao argumento de impunidade ante o exíguo prazo da reprimenda.

No entanto, a *praxis* judiciária na Infância e Juventude demonstra que a medida sócioeducativa algumas vezes chega a ser mais dura que a pena, no âmbito criminal, lembrando o adágio popular segundo o qual nem sempre o mais agradável é o melhor remédio. A rigidez do sistema transparece a partir da própria idéia que se tem de ato infracional. Conforme visto (subitem 2.3.1), o ato infracional requer apenas a tipicidade para que incida a Lei Estatutária sobre a conduta do adolescente, diferentemente do que ocorre na prática do crime, em que se exige, além do fato típico, que a conduta seja antijurídica e que o agente seja culpável.<sup>27</sup>

O sistema adotado pelo Estatuto demonstra que essa solução é a melhor, apesar da maior rigidez se comparada ao Código Penal, em que o imputável deverá preencher os três requisitos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) para ser apenado, enquanto o adolescente, preenchendo apenas o primeiro deles, já poderá receber uma medida sócioeducativa.

<sup>26</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.276.

<sup>27</sup> A doutrina majoritária, seguida também por Damásio de Jesus, adota hoje o conceito bipartite de crime, segundo o qual crime é todo fato típico e antijurídico, constituindo a culpabilidade pressuposto da pena. Doutrinadores de renome defendem o conceito tripartite (crime é todo fato típico, ilícito e culpável), entre eles destacam-se Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, Anibal Bruno e Magalhães Noronha; havendo, também, quem defendesse o conceito quadripartite de crime (crime é todo fato típico, ilícito, culpável e punível), como Basileu Garcia e Nelson Hungria.

O legislador fez questão de que inferíssemos o ato infracional a partir, somente, da tipicidade da conduta do adolescente, sem ao menos aferir a ilicitude da conduta ou a culpabilidade do agente, ao prever, no art. 189 do E.C.A., limitações ao poder judicial na aplicação das medidas sócioeducativas:

“Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato ato infracional;

IV – não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.”

O supracitado artigo é praticamente a transcrição do art. 386 do Código de Processo Penal, o qual prevê que:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato ato infração penal;

IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;

VI – não existir prova suficiente para condenação.”

Apesar da semelhança entre os artigos acima citados, o legislador não previu expressamente as hipóteses dos incisos V e VI do Código de Processo Penal. Ao deixar de prever a hipótese do inciso V (“existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena”), o legislador quis deixar clara a intenção de consubstanciar o ato infracional a partir da tipicidade, tão-somente. A proposital omissão quanto ao inciso VI (“não existir prova suficiente para condenação”) vem ao encontro da finalidade ressocializante do E.C.A., mesmo não sendo suficiente a prova para

aplicação de uma medida sócioeducativa, esta será imposta se as circunstâncias do ato e a realidade vivida pelo adolescente exigirem.

Não devemos nos esquecer de que a pena tem um caráter de retribuição e de punição, enquanto a medida sócioeducativa tem cunho pedagógico e ressocializador. Portanto, não é de se estranhar que um jovem que cometa um ato infracional em legítima defesa, em estado de necessidade ou sob coação irresistível venha a receber uma medida sócioeducativa ou protetiva, situação impensável na aplicação do Código Penal. A análise criteriosa a ser procedida pelo representante do Ministério Público ao representar e pelo juiz ao julgar, decidirão, usando de razoabilidade, sobre a necessidade ou não da medida como instrumento reeducador e ressocializador na hipótese.

Assim, diante de uma conduta típica do adolescente, mas que tenha sido motivada por uma excludente de antijuridicidade do Direito Penal, o Promotor de Justiça não poderá pedir o arquivamento do procedimento sob o argumento de que o fato não constitui ato infracional. Nesses casos ele terá duas opções: ou concede a remissão, como forma de evitar o processo (arts. 126 e 180, II, do E.C.A.), ou procede à representação (art. 180, III, do E.C.A.), caso haja alguma dúvida quanto à incidência das excludentes penais ou se as circunstâncias, conseqüências do fato, o contexto social, a personalidade do adolescente ou sua maior ou menor participação no ato infracional demonstrarem necessidade do procedimento sócioeducativo.

Apesar da previsão constitucional do art. 5º, inc. LXVI, que prevê que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, o Estatuto contemplou a possibilidade de internação provisória por um período máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 108). Não se deve equiparar a internação com a prisão, mesmo havendo em ambas a restrição da liberdade. A oportunidade de aplicação e o programa de recuperação são distintos, razão pela qual o Juiz deve ser parcimonioso ao empunhar sua caneta e fixar os dias de internação, pois não deve descurar-se de que se trata de pessoa ainda em fase de desenvolvimento.

Outra situação que demonstra a rigidez do Estatuto é a possibilidade de o Promotor de Justiça aplicar o art. 114 fazendo uso da interpretação literal.

O citado artigo dispõe que:

“Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.”

A citada rigidez mora no contra-senso que cerca a matéria, uma vez que a palavra “remissão”, que vem do latim *remittere-remitio*, significa perdão, sendo sabido que se perdoa por um erro cometido, seja uma ofensa ou uma conduta desabonadora. Então, pergunta-se: como perdoar alguém, excluindo o proceso, sem saber se ele tem alguma responsabilidade pelo ato cometido?

Somado ao questionamento acima exposto ainda há a possibilidade de ser aplicada outra medida sócioeducativa, além da remissão, excetuando-se as medidas de semiliberdade e de internação (art. 127). Neste tema, mostram-se oportunas as palavras do magistrado paulista JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO:

“Se não há necessidade de comprovação de autoria, e mesmo assim é possível a aplicação de medidas sócioeducativas, salvo as exceções, é perfeitamente possível que um adolescente receba remissão por furto e cumpra, por alguns meses, liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, e que, depois do cumprimento da medida, descubra-se o verdadeiro autor do ato infracional.”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional – Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Formulários, Esquemas*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2. ed., 2000, p. 21.

Apesar da rigidez desse sistema, não podemos dizer que se trata de sistema injusto, sobretudo ao lembrarmos da finalidade da Lei Menorista, que visa a reeducação e a ressocialização do jovem que se desvia dos caminhos da lei.

Seguindo na esteira da questão acima exposta, relativamente à remissão e à aplicação de medida sócioeducativa, vale lembrar que a medida sócioeducativa pode ser aplicada isolada ou cumulativamente a uma medida protetiva, nos moldes dispostos no art.112, VII, do Estatuto. Essa previsão conduz à ressurreição do sistema duplo binário, aplicando-o, é claro, analogicamente ao Direito do Menor.<sup>29</sup>

Desta forma, visando redimensionar a conduta do adolescente infrator, o Juiz pode fixar uma medida sócioeducativa e uma medida protetiva, por exemplo, sua inclusão em programa oficial ou comunitário para tratamento de alcoólatras e toxicômanos, para que dependências desse tipo não conduzam o jovem novamente à delinquência.

O tema relacionado ao prazo máximo de internação também merece destaque. Os defensores da redução da maioria penal alegam que o período de 3 (três) anos é extremamente exíguo para ressocializar o jovem infrator, gerando, dessa forma, a sensação de impunidade. Não é bem assim.

Conforme visto anteriormente, o jovem que comete um ato infracional não é responsabilizado perante o juízo criminal, mas perante a Vara da Infância e da Juventude. Apesar disso, não há como fugir à comparação do Estatuto com o Código Penal, mesmo porque o ato infracional é uma conduta que se amolda a um tipo penal. Mas nem todos os institutos do CPB são utilizados no Direito do Menor, como, por exemplo, o livramento condicional

---

<sup>29</sup> Heleno Fragoso ensinava que “O CP vigente, bem inspirado, abandonou o sistema do duplo binário (pena e medida de segurança impostas sucessivamente), e não mais prevê medidas de segurança detentivas para imputáveis. As medidas de segurança hoje restringem-se às medidas terapêuticas aplicáveis aos inimputáveis e aos semi-imputáveis. Em relação a estes, como veremos, adotou-se o sistema vicariante, que permite substituir a pena pela medida de segurança. A longa experiência negativa com as medidas de segurança previstas pelo CP de 1940 recomendava uma orientação nova que a reforma de 1984 adotou.” (Ob. Cit, p. 281).

e a progressão de regime, nos moldes ali dispostos, o que torna a medida sócioeducativa mais rígida que a pena.

Tomando como exemplo um adulto que cometa um roubo à mão armada, a pena mínima a que será submetido girará em torno de cinco anos e quatro meses de reclusão, observados os critérios adotados no Código Penal. Aplicando-se os requisitos do livramento condicional (art. 83, I, do CPB), ele só cumprirá um terço da pena, ou seja, um ano e oito meses, e para isso basta que não seja reincidente em crime doloso e tenha bons antecedentes.<sup>30</sup> Essas exigências, contudo, não possibilitam saber se esta pessoa está preparada a voltar a conviver em sociedade, sendo que, no cumprimento de medida sócioeducativa, esta análise é exigida e feita por assistentes sociais e psicólogos, lembrando-se que, após cumprir 3 (três) anos de internação, poderá, ainda, cumprir mais 3 (três) anos de semiliberdade e mais 3 (três) de liberdade assistida, caso não tenha condições de conviver em sociedade.

Por esse mesmo delito, um adolescente primário pode ficar interno por mais de dois anos, enquanto o condenado na esfera penal, pelo mesmo crime e nas mesmas circunstâncias, cumprirá uma pena não superior a 6 (seis) anos, podendo, dessa forma, iniciar o cumprimento da pena diretamente em regime semi-aberto, nos moldes dispostos no art. 33, § 2º, alínea *b* do Código Penal. Mesmo que seja condenado a regime fechado, cumprirá apenas 1 (um) ano, pois, para progredir no regime, basta cumprir 1/6 (um sexto) da pena. Veja-se que discrepância: um adulto para permanecer recluso por três anos teria de ser condenado a uma pena de 18 (dezoito) anos para, então, cumprir a sua sexta parte.

O fim reeducador e socializante da medida sócioeducativa é o norte visado pelos princípios que regem o Estatuto Menorista, o que facilita a

---

<sup>30</sup> Recentemente, em 29 de maio de 2002, foi publicada no DJ a nova súmula do STJ (nº 269) que possibilita o cumprimento de pena fora do ambiente do presídio, mesmo sendo reincidente, a quem for condenado a pena igual ou inferior a quatro anos. No exemplo acima, o réu livrar-se-ia solto, enquanto o menor poderia ser internado. A nova súmula dispõe: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

compreensão dessa rigidez em relação ao jovem em conflito com a lei, valendo lembrar que outros institutos do Código Penal poderiam ser citados neste tema, como a ausência de prazo prescricional para os atos infracionais ou a exclusividade de ação penal pública em sede de Direito de Menores, mas entendemos que os já citados ilustram a falácia sobre a brandura das medidas sócioeducativas.

É necessário que se desmistifique o excesso de benevolência do E.C.A para com o jovem infrator, devendo haver uma mudança de ótica para que se perceba que o Estatuto deixou de agir como um pai que passa a mão na cabeça do jovem que falha, para agir como um pai que sabe a hora de reprimir, sem que sentimentos como ódio ou vingança estejam presentes, pois, “o bom juiz condena o crime, mas não odeia o criminoso”<sup>31</sup>.

### **3 O ADOLESCENTE COMO SUJEITO DE DIREITO: CONFLITO ENTRE O OBJETIVO SÓCIOEDUCACIONAL E A SANÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO**

O estudo do adolescente como sujeito de direitos é de grande importância no estudo da minoridade penal no Brasil e é a consequência prática da responsabilização perante o E.C.A.

O art. 104 do Estatuto prevê que os menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis e que, ao cometerem um ato infracional, estarão sujeitos a uma sanção, que não pode ser chamada de pena, mas de medida sócioeducativa, apesar de deter o caráter daquela.

Ocorre, portanto, um aparente confronto entre “proteção” e “sócioeducação”, que norteiam o tratamento dispensado ao adolescente infrator, e o traço de penalidade das medidas dispostas no art. 112 do Estatuto.

---

<sup>31</sup> Sêneca, filósofo latino, 4 a.C.- 65 a.C.

O traço apenador é um diferencial do direito penal; contudo, não devemos nos esquecer de que esse ramo da ciência lida com o denominado “mínimo ético” da convivência social.

Sobre a noção do mínimo ético no direito penal, mostra-se muito percuciente a lição de LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL:

“A noção do *mínimo ético* é fornecida pelo preceito primário da norma jurídico-penal, que descreve a conduta proibida ou indesejada.

A caracterização da conduta proibida faz-se pelo fenômeno da subsunção, cuja análise é informada por princípios de garantia, tais como a legalidade estrita.

Em torno dessa noção gravitam causas inibidoras do poder punitivo, tais como as excludentes de criminalidade e culpabilidade.

Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravencional, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção do *mínimo ético* que o define.

Conseqüentemente, derivam do direito penal as regras de interpretação do E.C.A. quanto ao ato infracional.

O estabelecimento de garantias processuais, de regras de competência, de hipóteses absolutórias etc., previstas no E.C.A., comprova o raciocínio.

Há porém uma razão da denominação de ato infracional à conduta criminosa ou contravencional praticada pelo menor: o fenômeno da inimputabilidade”.<sup>32</sup>

A inimputabilidade e o tratamento a ser dispensado a um jovem em fase de desenvolvimento (art. 6º) requerem um tratamento especial e diferenciado do adulto.

---

<sup>32</sup> VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. *A Irresponsabilidade Penal do Adolescente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, [s.l.] ano 5, nº 18, abr-jun, 1997, p. 89.



Conquanto as medidas sócioeducativas tenham um caráter penalizador e repressivo, não se pode olvidar que, na aplicação das medidas sócioeducativas, deve-se respeitar a especial condição de pessoa em fase de formação de seu caráter.

É intuitivo que a medida sócioeducativa caracteriza-se como sanção afliativa, pois deriva da violação de uma norma, de um comando. É o respeito a essas normas que viabilizam a proteção integral do adolescente, em que a sanção servirá para objetivos sócioeducacionais, os quais, para serem alcançados, dependerão da maneira de sua execução, da estrutura político-administrativa e do comprometimento da sociedade para a mudança de mentalidade a respeito dos jovens infratores.

Pensamento contrário abriria uma brecha à diretriz falsamente protecionista do Código de Menores, no qual a sanção seria um favor social ao menor, que, por meio dela, acabará se tornando um cidadão melhor, justificando-se, então, o atropelamento de garantias processuais em nome do nobre fim. Essa foi a mentalidade que o Estatuto visou a superar, daí a importância de se combater a chamada “eufemização” do caráter apenador da medida sócioeducativa, para não dar margem à noção do anterior Código, conforme pretendem os arautos do rebaixamento da maioridade penal.

Na vigência do extinto Código de Menores, a pretexto de proteger o jovem “indesejado”, o Estado o segregava sem o submeter aos caminhos da legalidade estrita, às garantias constitucionais e aos limites do Direito Penal. Ali sim, as medidas protetivas não passavam de penas disfarçadas, nas quais fatos geralmente atípicos eram atribuídos aos jovens infratores no “superior interesse do menor”, o qual precisava ser protegido “dos condicionamentos negativos da rua”, aplicando-se “medidas terapêuticas”.

A nova orientação encontra sólidas bases doutrinárias na Constituição da República e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude (Resolução 40/33/85, da Assembléia Geral) e reconhece o caráter sancionatório das medidas sócioeducativas, deixando, todavia, bastante claro o caráter excepcional de sua imposição, jungindo o magistrado aos critérios garantistas do Direito Penal.

O caráter garantista do Estatuto encontra-se no capítulo que trata dos Direitos Individuais (arts. 106 a 109) e, mais especificamente, nos arts. 110 e 111, os quais dizem respeito às garantias processuais, como o devido processo legal, o contraditório, o direito de ser ouvido pessoalmente por autoridade competente etc.

Em suma, embora os adolescentes sejam inimputáveis em face do Direito Penal, são imputáveis diante das normas do Estatuto. Procuram-se respostas justas e adequadas à boa política criminal, exurgindo elementos indispensáveis à prevenção e à repressão da delinquência juvenil. O que se procura evitar é que as respostas impostas aos adolescentes, por intermédio do Estatuto, sejam mais severas que aquelas impostas aos adultos em idênticas situações. Neste tema, é essencial a noção de que os institutos previstos no Estatuto são voltados às pessoas ainda em fase de desenvolvimento, por quem o Estado, a família e a sociedade são responsáveis.

Portanto, a aplicação da medida sócioeducativa é vista sob duas perspectivas: uma delas é o objetivo protetivo, educacional e social visado pelo E.C.A. e a outra é a restrição de direitos ou privação de liberdade afligidos ao adolescente, havendo, contudo, a excepcionalidade desta medida. Essa dupla finalidade sustenta-se na proteção dispensada pelo Estatuto Menorista.

#### **4 A REDUÇÃO DA IDADE LIMITE DA MAIORIDADE PENAL**

Alguns setores da sociedade dão ênfase à redução da idade de imputabilidade penal, hoje fixada em 18 (dezoito) anos, ao argumento de que seria essa a solução no combate à criminalidade. Dessa forma, incutem na opinião pública a idéia de que os adolescentes autores de atos infracionais seguem impunes diante da legislação menorista. Essa noção, contudo, é errônea e tem sua origem no velho Código de Menores, no qual a criança e o adolescente não eram reconhecidos como sujeitos, mas como meros objetos do processo.

O fato é que a discussão está aberta, e as propostas de emenda à Constituição já foram apresentadas. Os argumentos apresentados pelos defensores da redução da idade de imputabilidade penal não possuem uma base sólida que demonstrem segurança e eficácia na redução do número de atos infracionais, tratando-se, na realidade, de sofismas que podem levar nossos legisladores a incorrer em erro muito sério, cujo resultado pode resultar, contraditoriamente, no aumento da violência entre os jovens.

Estando na ordem do dia, é importante ressaltarmos os argumentos, favoráveis e contrários à redução da idade de imputabilidade penal:

## **4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS**

### **4.1.1 O MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS DE IDADE POSSUI PLENO DISCERNIMENTO**

Esse é o argumento mais apresentado por aqueles que defendem a redução da responsabilidade penal. Defendem a adoção do critério biopsicológico para os adolescentes (maiores de 12 anos), em que sua responsabilidade seria constatada, no caso concreto, com sua submissão a uma verificação interdisciplinar, envolvendo psicólogos, psiquiatras, sociólogos e juristas.

Com esse argumento defendem a aplicação do mesmo critério usado no Código Penal Militar Pátrio, o qual prevê (art. 50) a responsabilidade penal aos 16 (dezesseis) anos de idade desde que o julgador entenda que o acusado revela “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Alegam, também, que o jovem de hoje tem acesso a uma gama imensa de informação, comparativamente aos jovens de décadas passadas. Hoje o jovem está “antenado” a tudo que se passa em seu país e no mundo, seja pelo rádio, pela televisão ou pela internet.

#### **4.1.2 A POSSIBILIDADE DE VOTO AOS 16 (DEZESSEIS) ANOS DE IDADE**

A capacidade para votar demonstra a maturidade do adolescente. Nossa legislação deferiu-lhe a possibilidade de escolher os governantes e os legisladores do país.

#### **4.1.3 A MAIORIA DOS CRIMES É PRATICADA POR MENORES:**

Afirmam que já virou rotina nos noticiários a prática de atos infracionais praticados por menores, os quais são motivados pela impunidade que reina no país.

#### **4.1.4 A POLÍCIA NÃO PRENDE O MENOR**

A política disseminada pela imprensa sobre a “brandura” das medidas sócioeducativas e a “impunidade” que estaria a proteger o menor tornam a ação da polícia menos incisiva.

#### **4.1.5 A PENA CRIMINAL DIMINUIRIA A INCIDÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS**

A maior rigidez das penas serviria para intimidar os adolescentes infratores e, caso tal tentativa não resolvesse, serviria para afastá-lo da sociedade por um maior período, protegendo-a, em consequência, dos perigos que eles representam.

#### **4.1.6 OS IMPUTÁVEIS FAZEM USO DOS MENORES PARA PRÁTICAS DELITUOSAS**

Os adultos instigam as crianças e os adolescentes ao crime (para eles, ato infracional) para se acobertarem sob o manto da impunidade, tendo em vista que, em virtude da sistemática do E.C.A., estarão, em pouco tempo, libertos em caso de insucesso na empreitada criminoso.

## **4.1.7 A DIMINUIÇÃO DA IDADE DE MAIORIDADE PENAL É UMA TENDÊNCIA MUNDIAL**

Tem-se argumentado que a maioria dos países estão se mobilizando no sentido de responsabilizar jovens com idade inferior a 18 (dezoito) anos, com o ocorre na Inglaterra, Grécia e Nova Zelândia, onde a imputabilidade se dá aos 17 (dezessete) anos; na Espanha, na Bélgica, na Argentina e em Israel, aos 16 (dezesseis) anos; no Egito, na Síria, no Paraguai, na Índia, em Honduras, no Iraque, na Guatemala e no Líbano, aos 15 (quinze) anos; e no Haiti aos 14 (quatorze) anos de idade<sup>33</sup>.

## **4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS**

### **4.2.1 SOBRE O DISCERNIMENTO DO JOVEM MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS**

A defesa do rebaixamento ao argumento de que os jovens de hoje são mais bem informados realmente procede. Não se discute que os jovens dessa geração são mais bem informados que os jovens de ontem. As informações que alcançam os jovens na atualidade são infinitamente maiores, uma vez que a televisão invade os lares com suas informações e deformações.

Com isso, é evidente que qualquer jovem, não só o de dezesseis anos, é capaz de entender a natureza ilícita de determinados atos. Aliás, até mesmo as crianças sabem discernir o certo do errado; elas sabem que pegar o objeto do outro, machucar o outro, ou mesmo matar o outro “é feio”. Portanto, não se trata de uma questão de discernimento, pois uma criança sabe que determinada atitude pode machucar ou matar a outra.

O velho Catecismo Romano considerava os sete anos de idade como a “idade da razão”, a partir da qual é possível cometer um “pecado mortal”. O raciocínio do discernimento para aferir a imputabilidade penal, levada às últimas conseqüências, poderia chegar à conclusão de que uma

---

<sup>33</sup> Dados extraídos de JULIO FABBRINI MIRABETE, Op. cit, p. 208.

criança poderia ser submetida ao processo penal e, eventualmente, ser recolhida aos presídios do país – os quais dispensam qualquer comentários –, desde que soubesse distinguir o “bem” do “mal”, o “certo” do “errado”.

O sistema com base no discernimento foi banido da legislação brasileira em 1921, quando imperava o Código Penal de 1890. Se essa matéria mereceu uma atenção diferenciada, isso revela uma enorme evolução, mormente ao ser aplicada em um país cujas diferenças sociais são enormes. Trata-se da evolução trazida pela criminologia e pela política criminal, conceitos dissociados da idéia de discernimento.

Diante da banalização da violência, ouve-se o clamor da população por medidas mais enérgicas no combate à delinqüência e ao crime, ante a ilusão de que medidas desse tipo seriam a resposta adequada ao caso. O direito emocional, que é legislado por nossos representantes ao ouvir esses apelos, mostra-se insipiente ante a real necessidade de nossa sociedade.

Trata-se de um problema social complexo, em que o apelo emotivo deve dar lugar à ciência e à técnica, visando, dessa forma, a evitar medidas que apenas mascaram o problema sem, contudo, combater em o cerne da questão. Aqui a criminologia<sup>34</sup> e a política criminal<sup>35</sup> mostram eficiência diante da análise apurada na vivência do sistema punitivo nacional.

O limite de 18 (dezoito) anos fixado pela Constituição Federal (art. 228) baseia-se em critério de política criminal, que, ao encarar o problema da delinqüência juvenil, propõe como alternativa ao método rígido das penas criminais um sistema mais flexível de medidas protetivas e/ou sócioeducativas, capazes de proteger, educar e, também, punir melhor; em consonância com as propostas das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil – Diretrizes de Riad (Princípio nº 1).

<sup>34</sup> A criminologia estuda os delitos como fenômeno social, analisando suas origens e buscando meios de evitá-los.

<sup>35</sup> A política criminal sistematiza medidas visando a controlar ou, pelo menos, diminuir a delinqüência, com base na prática do sistema punitivo. Enquanto a criminologia está ligada à ciência, a política criminal liga-se à técnica.

A criminologia, como ciência que é, e com base em dados decorrentes da análise da prática do sistema penitenciário, concluiu resultar inconveniente aos próprios fins de prevenção e repressão submeter crianças e adolescentes aos sistema reservado aos adultos. Considerando-se a falência do sistema carcerário, não seria de bom alvitre submeter jovens, cuja personalidade está em fase de desenvolvimento, ao mesmo regime dos adultos, uma vez que o risco de contágio seria ainda maior nessas condições. Aliás, submeter jovens a um sistema carcerário falido em termos de pedagogia e recuperação, em uma época em que se preconizam medidas alternativas mais viáveis que a pena, seria, no mínimo, um absurdo.

Com relação ao Código Penal Militar, cujo art. 50 prevê a responsabilidade do jovem de 16 (dezesseis) anos, caso tenha discernimento do ato praticado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a previsão constante do art. 228, preconizando o critério biológico para se aferir a imputabilidade ou inimputabilidade de alguém, retiraram a vigência do citado artigo. Assim, mostra-se ultrapassado esse argumento.

O critério do discernimento, como visto, restou afastado de nossa legislação há algum tempo, como resultado da evolução experimentada por meio da política criminal e da criminologia. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 fazia referência aos “imatuross”, no sentido de que não se mostravam maduros bastante a saber discernir entre o certo e o errado. Assim se expressa o antigo CPB:

“Não cuida o projeto (o Código) dos **IMATUROS** (negrito no original) menores de 18 anos, senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do Direito Penal (artigo 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva da legislação especial”

A Exposição de Motivos da Nova Parte Geral (1984) retirou o termo “imatuross” e fez referência à “inimputabilidade” apoiada em critérios de política criminal (item 23), nos seguintes termos:

“Manteve o Projeto a inimputabilidade ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em

critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.”

Portanto, é mais coerente deixarmos à técnica assunto de tamanha importância para a paz social do País. O direito emocional deve dar lugar à lógica do sistema e aos estudiosos do tema os meandros que levarão à diminuição da violência juvenil, pois, conforme dizia o filósofo Aristóteles, “aquele que estuda a forma como as coisas se originaram e passaram a existir, quer se trate do estado ou de qualquer outra coisa, terá delas a mais clara visão”.<sup>36</sup>

#### **4.2.2 SOBRE A POSSIBILIDADE DE O JOVEM DE 16 (DEZESSEIS) ANOS VOTAR**

Não se justifica a redução da idade limite para responsabilização penal ao argumento de que se o jovem de 16 (dezesseis) anos possui capacidade para praticar o direito político do voto, também deve ter capacidade de entender e responder pelos atos ilícitos que porventura cometa.

Em primeiro lugar, devemos considerar que o voto entre os 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos é facultativo, de acordo com o art. 14, § 1º, inciso II, alínea “c” da Constituição Federal de 1988, enquanto a imputabilidade é compulsória. Vale salientar, inclusive, que a grande maioria

---

<sup>36</sup> STRATHERN, Paul. *Aristóteles (384-322 a.C.) em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 52.



dos jovens infratores nesta faixa de idade não possui consciência e informação acerca de sua potencial condição de eleitor.

Ao adotar o critério da facultatividade para os jovens entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos e da obrigatoriedade para os maiores de 18 (dezoito), o legislador demonstrou preocupação e cuidado em não impor ao adolescente uma obrigação incompatível com sua condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento. Caso os defensores da redução tivessem tanta certeza acerca da capacidade de bem discernir do jovem de 16 (dezesesseis) anos, defenderiam também a possibilidade de se candidatarem a vereador, cuja idade mínima é de 18 (dezoito) anos de idade (art. 14, § 3º, VI, “d”, CF), mas isso não ocorre.

A idade para o exercício de determinados atos da vida civil decorre de uma decisão política e não guardam relação entre si. Nossa legislação, por exemplo, fixa em 21 (vinte e um) anos de idade a maioridade civil, daí que, antes disso, não haverá casamento sem a autorização dos pais.

Para se atingir o momento da “maioridade absoluta”, nossa legislação fez uso dos mais variados parâmetros etários. Assim, um adolescente pode trabalhar a partir dos 14 (quatorze) anos na condição de aprendiz, mas só poderá concorrer nas eleições a vereador a partir dos 18 (dezoito), para deputado ou prefeito a partir dos 21 (vinte e um), para governador a partir dos 30 (trinta) e para presidente da República, senador ou ministro do STF ou do STJ a partir dos 35 (trinta e cinco) anos de idade.

Dessa forma, mesmo sendo discutível a opção do legislador em outorgar o voto ao jovem de 16 (dezesesseis) anos de idade, esse fato, por si só, não leva à conclusão de que o jovem nessa faixa etária mereça outro tratamento que não aquele que o Estatuto reserva em caso de se desviarem dos caminhos da legalidade.

Na mesma linha de argumentação, pretendeu-se, tempos atrás, conceder aos maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade habilitação para dirigir. No entanto, a proposta reclamada pelos filhos da burguesia foi vetada pelo ex-presidente Itamar Franco, ante a constatação da incompleta maturidade

do adolescente nessa faixa etária, uma vez que condicionava a concessão da habilitação para dirigir a três exigências: autorização do pai ou responsável, autorização do juiz competente e apólice de seguro de responsabilidade civil.

Essas propostas demonstram o quão preconceituosa é nossa sociedade, uma vez que a inflação legislativa a que assistimos ganhou força a partir da Lei dos Crimes Hediondos, quando as camadas privilegiadas da população começaram a ser alcançadas pela violência do gueto, principalmente por meio do crime de seqüestro. É nesse rastro que surgem propostas como a redução da idade limite para responsabilidade penal e para o jovem com 16 (dezesseis) anos de idade dirigir, pois é a elite que detém força para impor esse controle social, relegando, contudo, os direitos sociais expressos na Constituição Federal.

Não é preciso um grande exercício de raciocínio para aferir que quem sofrerá as conseqüências da responsabilidade penal não será o adolescente que tem a faculdade de votar ou condições de dirigir um veículo, mas será aquele que não teve acesso à educação, à saúde, à moradia e à alimentação. É esse o adolescente que irá para a cadeia.

#### **4.2.3 SOBRE A PROPORCIONALIDADE DOS CRIMES PRATICADOS EM COMPARAÇÃO AO NÚMERO DE ATOS INFRACIONAIS**

Não procede a informação de que a maioria dos delitos são praticados por menores no Brasil. Segundo levantamento realizado em vários estados do País, os crimes praticados por menores representam 10% (dez por cento) do total, ou seja, os adultos praticam 90% (noventa por cento) dos crimes.<sup>37</sup>

Não podemos resolver o problema da segurança pública centrados em parcela tão pequena do total de delitos praticados no País. Da mesma forma, seria inadmissível pretender restringir a liberdade desses jovens

---

<sup>37</sup> CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é a solução*. In Revista da Associação Paulista do Ministério Público – APMP, [s.l.], nº 21, 1998, p. 72.

excluídos de nossa sociedade juntamente com estes 90% (noventa por cento) de adultos criminosos, em um sistema penitenciário falido. Se a maioria dos crimes é praticada por adultos, podemos concluir que a pena para o adulto não está surtindo efeitos benéficos, ou seja, não é remédio suficiente. O que dizer, então, daqueles que querem estender ao adolescente um modelo que não está dando certo com o adulto?

A prática judiciária na Infância e Juventude demonstra que um número muito grande de adolescentes que praticaram no passado atos infracionais gravíssimos, conseguem retornar à sociedade reeducados ou, melhor dizendo, educados, uma vez que a maioria deles não teve essa oportunidade. Jogá-los em um presídio resultaria na diminuição de reinseridos na sociedade para transformá-los em bandidos. Diminuindo-se o índice de recuperação, teríamos, em consequência, o aumento dos índices de criminalidade, ou seja, aqueles que defendem a redução da idade limite para responsabilização criminal não conseguem enxergar que estão agindo como alguém que atira uma pedra para cima e que será aparada pela própria testa.

#### **4.2.4 SOBRE A INÉRCIA DA POLÍCIA RELATIVAMENTE AOS MENORES INFRATORES**

Não devemos generalizar. Não é sempre que a polícia deixa de prender menor. É verdade que às vezes ela não prende o menor infrator, mas também é verdade que muitas vezes também não prende o adulto.

É sabido que o número de mandados de prisão a serem cumpridos supera o número de vagas existentes atualmente nos presídios do País. Eles não são cumpridos em virtude do desaparelhamento do sistema e do baixo contingente das polícias.

Nossos governantes não priorizam a segurança, sendo comum a notícia sobre o corte de verbas que seriam aplicadas no combate à criminalidade para aplicação em outro setor. Portanto, não é a polícia que não dá importância aos atos infracionais praticados pelos jovens, mas sua falta de estrutura que impossibilita um combate mais eficiente.

#### **4.2.5 A PENA CRIMINAL NÃO DIMINUIRIA A INCIDÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS**

Conforme já exposto, o sistema penitenciário do País está falido, visto que a maioria dos presos volta a delinquir. Submeter os jovens a esse sistema equivaleria diminuir seu processo civilizatório, aumentando, por conseguinte, os índices de reincidência e de criminalidade no País.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prevê medidas repressivas, adequadas aos adolescentes autores de atos infracionais. Conforme visto no item 2.3.1, as medidas sócioeducativas e as medidas protetivas previstas no Estatuto possibilitam um redirecionamento da conduta do jovem com eficácia maior que as penas no âmbito criminal, com medidas que não possuem equivalentes no Direito Penal e, quando preciso, com rigidez maior que a pena.

#### **4.2.6 SOBRE OS ADULTOS FAZEREM USO DOS MENORES PARA PRÁTICAS DELITUOSAS**

Fazer uso desse argumento para reduzir o limite para responsabilização penal seria um absurdo. Não serviria sequer como lenitivo à violência perpetrada, ou mesmo sofrida, por nossos adolescentes.

Rebaixar esse limite para que os indivíduos menores de 18 (dezoito) anos não fossem utilizados pelo crime organizado, equivaleria a jogar no mundo do crime jovens cada vez menores. Adotando o critério de 16 (dezesseis), os traficantes fariam uso dos menores com 15 (quinze) anos e assim sucessivamente, correndo-se o risco de, em pouco tempo, estarem recrutando jovens com 7 (sete) anos ou menos.

Mostra-se equivocada a noção de prevenção do delito por meio de ameaça com pena a determinada ação, principalmente com a aplicação de penas exacerbadas, pois a experiência tem demonstrado que a diminuição da criminalidade não está atrelada à legislação rigorosa, tanto que a pena de morte nos Estados Unidos não diminuiu os índices de criminalidade.

Da mesma forma, a diminuição da idade de responsabilização penal em nada diminuiria o número de delitos envolvendo adolescentes. Nesse sentido, mostra-se oportuno o magistério do mestre Fragoso, quando indagava: “Como justificar que um indivíduo seja punido em função da conveniência da pena relativamente a terceiros? Corre-se aqui o risco de uma instrumentalização do magistério punitivo, misturando-se o homem, como já observava *Kant*, com o direito das coisas”.<sup>38</sup>

#### **4.2.7 SOBRE O ARGUMENTO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA PUNIÇÃO LEGAL AO MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS**

Pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas, *Crime Trends – Tendências do Crime*, revela que é minoria os países que prevêm como adultos os menores de 18 (dezoito) anos de idade. Essa pesquisa revela também que na maior parte desses países há grande desigualdade social e não são assegurados os direitos básicos aos seus jovens.

Das 57 (cinquenta e sete) legislações analisadas por essa pesquisa, realizada a cada quatro anos, apenas 17% (dezessete por cento) adotam idade inferior a 18 (dezoito) anos como critério para definir a imputabilidade.<sup>39</sup> Essa relativa uniformidade deve-se, em grande parte, ao Seminário Europeu das Nações Unidas sobre o Bem-Estar Social, realizado em 1949 em Paris, no qual ficou expresso que, nos países europeus, é desejável que, para efeitos penais, a idade de responsabilização não seja fixada abaixo dos 18 (dezoito) anos.

A punição de jovens infratores nos países que não garantem os direitos mínimos de cidadania torna a reprimenda muito problemática, uma vez que, na maioria dos casos, os adolescentes não conhecem outra opção, seja em virtude da miséria em que vivem, seja em virtude da violência no âmbito familiar, seja em virtude da falta de oportunidades em um mundo tão excludente e competitivo quanto o nosso.

<sup>38</sup> Op. Cit. FRAGOSO, In *Ciência e Experiência do Direito Penal*. Apêndice, p. 440.

<sup>39</sup> KAHN, Tulio. *Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, [s.l.], ano 9, julho-2001, nº 104. p.11.

A discussão sobre a redução da idade para responsabilização penal seria aceitável se fôssemos um País como os Estados Unidos ou como a Inglaterra, países que condenam seus jovens, mas que proporcionam condições mínimas de saúde, alimentação e educação, o que está longe de acontecer no Brasil. Desse modo, poderíamos argumentar que a sociedade deu aos jovens o mínimo necessário para que pudessem optar entre a vida de delinquência ou tornarem-se cidadãos dignos.

Vivemos, no entanto, em um País onde o contexto de socialização leva os jovens a viverem ao arrepio da lei. Essa realidade é bastante visível nos morros do Rio de Janeiro, onde crianças e adolescentes são recrutados pelo narcotráfico para trabalharem como seus “soldados do tráfico”, recebendo um salário que, na maioria das vezes, garante o sustento de sua família. São pessoas que não tiveram a possibilidade de optar por serem diferentes, pois, até quando caem doentes, são os traficantes que lhes garantem o atendimento médico, já que o Estado não é capaz de fazê-lo apropriadamente, deixando margem à criação de um Estado Paralelo, um Contra-Estado.

Querer responsabilizar um jovem, como ocorre na Inglaterra ou nos Estados Unidos, é um verdadeiro absurdo, ante a qualidade de vida que o jovem desfruta naqueles países. No Brasil apenas 3,96% (três vírgula noventa e seis por cento) dos adolescentes que cumprem medida sócioeducativa concluíram o ensino fundamental e, mesmo assim, a participação dos jovens brasileiros na criminalidade do País está em torno de 10% (dez por cento), quando a média mundial é de 11,6% (onze vírgula seis por cento) do total de infratores,<sup>40</sup> portanto, abaixo da tendência mundial e também do que se esperaria de nosso País, que sustenta o vergonhoso título de campeão mundial em desigualdade social, perdendo até para o Quênia e para o Zimbábue.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Op. Cit. KAHN, Tulio. p.11.

<sup>41</sup> SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Direitos da Criança. *Correio Braziliense*. Brasília, 29 de out. 2001. Caderno Direito & Justiça.

A discussão em torno da redução da maioridade penal no Brasil é assunto que não se restringe ao discernimento ou à gravidade dos atos infracionais praticados pelos nossos jovens, mas gira em torno da desigualdade social do País.

A redução do limite de idade para submeter os jovens à disciplina dos adultos resultaria em um retrocesso na política criminal e penitenciária brasileira. Em um Estado democrático não se deve ignorar a vontade do povo; contudo, no que pertine à política criminal, sua opinião não pode constituir elemento determinante, sob pena de descrédito do ordenamento jurídico, uma vez que a opinião pública é conduzida por uma imprensa sensacionalista, estando sujeita à vulnerabilidade de apelos emotivos. Caso a opinião pública predominasse na implementação da política criminal, talvez estivéssemos hoje discutindo as vantagens da Lei de Talião, se é que haviam, pois o estado de beligerância contra nossos adolescentes vem de longa data.

Por fim, vale ressaltar que é a exclusão social quem abre janelas à violência em nosso País, onde a delinquência juvenil não ocorre por puro lazer, como entre os jovens alemães. Na Alemanha, mesmo com toda a assistência daquele país aos seus jovens, elevou-se a idade penal para 18 (dezoito) anos e ainda criou-se um sistema especial para julgar os jovens entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade. No Japão, país também dito do primeiro mundo, os jovens representam 42,6% (quarenta e dois vírgula seis por cento) dos infratores e, mesmo assim, a idade penal é de 20 (vinte) anos.<sup>42</sup>

Nosso País, portanto, precisa primeiro assegurar condições mínimas de sobrevivência aos nossos jovens para depois poder cobrar um comportamento condizente com um cidadão que sabe o que é e, sobretudo, sabe a importância do que seja ter e viver com dignidade.

---

<sup>42</sup> Op. Cit. KAHN, Tulio. p.11.

#### 4.2.8 OS ARTS. 227 E 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO CLÁUSULA PÉTREA

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 228 que a idade penal inicia-se aos 18 (dezoito) anos de idade e que o adolescente responde por seus atos perante a legislação especial. Dois anos após sua promulgação, surge a citada legislação especial com a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual possibilita a adequada resposta ante a prática de um ato infracional.

A idade penal é uma garantia constitucional, assim como a responsabilização especial, estando, portanto, ambas inseridas em cláusula pétrea, nos moldes dispostos no art. 60, § 4º, IV, da Magna Carta.<sup>43</sup>

O poder derivado de reforma constitucional é limitado pelo citado artigo constitucional. Dessa maneira, não é possível a abolição da forma federativa de Estado, do voto direto secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais.

O art. 227 e seus parágrafos prevêm direitos e garantias individuais, estando, também, protegido contra reforma, assim como o art. 228, que fixa o início da responsabilização penal a partir dos 18 (dezoito) anos de idade.

O legislador ao prever o rol de direitos e garantias da criança e do adolescente fora do rol do art. 5º da Constituição Federal, assim como a questão da imputabilidade, pretendeu defini-los com maior clareza, uma vez que o assunto foi elevado à condição de prioridade no texto constitucional.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante a proposta: .....*omissis*.....§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: .....*omissis*.....IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>44</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifo nosso)



Os direitos da criança e do adolescente foram inseridos no capítulo da Família, visando sua maior implementação. A criança e o adolescente passaram a ter prioridade absoluta na implementação de políticas públicas.

Não se discute que o rol de 77 (setenta e sete) incisos do art. 5º está amparado pelo § 4º do art. 60, uma vez que está definido de forma expressa na Carta Magna. A questão torna-se um pouco melindrosa quando se pretende reconhecer um direito ou garantia individual (conceitos distintos)<sup>45</sup> fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

Entretanto, o § 2º do art. 5º reconhece a existência de direitos e garantias individuais dispersos pelo texto constitucional, apesar de não estarem inseridos no mencionado dispositivo. O texto do citado parágrafo está expresso nos seguintes termos:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Do texto acima podemos inferir que o rol constante do art. 5º não é exaustivo e que os direitos e garantias concernentes aos princípios da Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil integram o referido rol, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada pela Assembléia Geral em novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil mediante voto do Congresso Nacional.

Vale lembrar, ainda, que o inciso IV, do § 4º do art. 60, não fez qualquer ressalva de que os direitos ou garantias fundamentais precisam estar

---

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge. In *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990, p. 88, com muita propriedade estabelece a diferenciação entre direitos e garantias afirmando que “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*”.

dispostos no art. 5º, o que nos leva a concluir que todo e qualquer direito ou garantia individual previsto no corpo da Constituição Federal é insusceptível de sofrer emenda tendente a aboli-lo. A citada insusceptibilidade de emenda deve-se ao fato de que a cláusula pétrea visa a evitar a ruptura de determinados princípios constitucionais, resguardando, assim, a identidade constitucional.

Nesse sentido, mostra-se oportuna a lição da Professora MÁRCIA MILHOMENS SIROTHEAU CORRÊA, na qual afirma:

“... a finalidade última das cláusulas pétreas vem a ser a *preservação* dos princípios constitucionais por elas abarcados. As cláusulas pétreas, ao encerrarem uma decisão de subtrair certos princípios à regra geral de disponibilidade da Constituição pelo povo e seus representantes revelam, em última análise, um esforço no sentido de garantir aos princípios identificadores da Constituição um grau ótimo de força normativa”<sup>46</sup>.

Não há como negar a natureza análoga dos direitos, liberdades e garantias previstos no art. 228 (disposto no Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso –, do Título VIII – Da Ordem Social – da Constituição Federal) em comparação ao art. 5º. CANOTILHO escreveu que “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico ao destes”.<sup>47</sup>

Visando a comprovar que os arts. 227 e 228 da Constituição Federal traduzem direitos individuais ou, melhor dizendo, traduzem uma garantia pessoal de “natureza análoga” dispersa ao longo do referido diploma, sendo, por isso, considerados cláusula pétrea, mostra-se bastante ilustrativo o paralelo entre o texto do art. 5º e os arts. 227 e 228, trazidos pelo excelente trabalho do preclaro GERCINO GÉRSON GOMES NETO:

<sup>46</sup> CORREA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 136.

<sup>47</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 529.

“Em relação ao ato infracional e ao crime e seus processos:

‘Art.227

§ 3º

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade’.

Paralelo a este direito, temos o princípio constante do art. 5º:

‘Art.5º

LV – aos litigantes...e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’

Inegável que os princípios do art.227 encontram suporte no inciso acima transcrito e em todos os outros estabelecidos a partir do inciso XXXIX.”<sup>48</sup>

E continua o ilustrado professor:

“No que diz respeito ao artigo 228, da Constituição Federal, a interpretação é a mesma.

Diz ele:

‘São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.’

Traçando um paralelo, novamente, com o artigo 5º, no que diz respeito ao direito penal e à vedação de aplicação de certas penas aos cidadãos, vemos:

---

<sup>48</sup> GOMES NETO, Gercino Gerson. *Ato infracional: inimputabilidade penal como cláusula pétrea*. 3. ed. Florianópolis : Centro das Promotorias da Infância, 2000, p. 7.

‘Art.5º -

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;’

O legislador deixou claro que as penas ali constantes não serão aplicadas e, no caso do 228, da Constituição, ficou mais claro ainda, ao afirmar que os menores de 18 anos não receberão pena, posto que penalmente inimputáveis.

Assim, quando afirma isto, o artigo 228 garante ao adolescente sua inimputabilidade, da mesma forma que o artigo 5º garante a todos os cidadãos a não-aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. (grifo no original).<sup>49</sup>

O art. 228 da Constituição, portanto, garante que aos menores de 18 (dezoito) anos não haverá a aplicação do direito penal, da mesma forma que a previsão de pena de morte ou de prisão perpétua é uma garantia de não aplicação do direito penal a todos. Assim, o citado artigo trata de uma responsabilização especial que é um direito individual do adolescente, sendo, desta forma, consubstanciado em cláusula pética.

Dos argumentos acima expendidos, verifica-se que o embate perpetrado pelos defensores da redução da maioridade penal não encontra fundamento jurídico para sua sobrevivência, sendo, por mais das vezes, sustentado por um diálogo insipiente quanto à real possibilidade de mudança neste sentido e insuflado por uma mídia sensacionalista, em que os fatos e a técnica cedem lugar ao ibope.

---

<sup>49</sup> Op. cit. GOMES NETO, Gercino Gerson, Op. Cit. p. 8.

Qualquer emenda tendente a reduzir a idade de responsabilização penal ou a abolir do texto constitucional a fixação da idade penal será flagrantemente inconstitucional e vedada expressamente pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

## 5 CONCLUSÃO

A omissão do Estado em assegurar os direitos básicos da pessoa humana é a principal causa da marginalidade em que se encontra a população brasileira, fazendo que nossas crianças e adolescentes sejam levados à prática de atos infracionais pelas forças sociais que se sobrepõem ao bom senso e à moral, principalmente nas grandes cidades.

É chegado o momento em que se faz premente uma mobilização nacional em torno da efetivação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo-se, assim, o respeito aos direitos fundamentais da infância e da juventude, afastando-se, de uma vez por todas, o discurso sobre a tal impunidade, que estaria a acobertar aquele que se desvia dos caminhos da legalidade, e deitando por terra a noção errônea da brandura das medidas previstas na Lei Menorista.

A difusão equivocada sobre a impunidade que estaria a reinar entre as crianças e adolescentes autores de atos infracionais está em total dissonância com as medidas previstas no Estatuto, sejam elas sócioeducativas (art.112), sejam elas protetivas (art. 101). Nenhum adolescente deixará de ser julgado pela Justiça da Infância e Juventude caso se atribua a ele a prática de conduta que se amolda à definição de crime ou contravenção, estando ele passível de receber medidas tendentes a interferir em seu processo de ressocialização, mesmo que isso signifique, como visto, estar sujeito a uma medida mais rígida do que aquela imposta a um imputável.

Ressalte-se que não se pode descurar que as medidas serão impostas no contexto da proteção integral, fazendo o jovem compreender melhor a realidade e a se integrar socialmente, de forma gradativa e com

acompanhamento técnico, respeitando-se, assim, sua especial condição de pessoa em desenvolvimento (art.6º).

O Estatuto estabeleceu um conjunto de normas que colocam a infância e juventude a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, procurando cumprir o mandamento constitucional no sentido de assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, com absoluta prioridade (art. 227, CF).

A Lei Menorista procurou materializar o comando constitucional proporcionando atenção especial, diferenciada à infância e à juventude e, para tanto, procurou afastar a idéia de que o tratamento igualitário perante a lei está a assegurar a isonomia defendida pela Carta Magna. Estando a realidade social a demonstrar a desigualdade, o tratamento de todos de forma igual significa a cristalização de desigualdades, dando, desta forma, contornos de legalidade a situações de violência e exploração.

Visando a estabelecer uma isonomia material, mostrou-se indispensável aplicar aos jovens marginalizados (à margem dos benefícios produzidos pela sociedade) uma fórmula que viesse a receber pela lei um tratamento desigual, mas, necessariamente privilegiado. Surge o suporte teórico do E.C.A. na doutrina da proteção integral, visando, dessa forma, assegurar a satisfação das necessidades básicas de nossas crianças e adolescentes.

Devemos ter sempre em mente que o Estatuto rompeu com o raciocínio fomentado pelo revogado Código de Menores, do qual extraía-se a idéia de que os socialmente marginalizados estariam rotulados pela situação irregular porque não foram capazes de plena integração na sociedade, jogando sobre seus ombros a responsabilidade pela condição marginal em que se encontravam. Com tal ideologia excluía-se a estrutura social do âmbito da questão.

Ocorre que a Lei nº 8.069/90 reconheceu, em consonância com os ditames constitucionais, as crianças e adolescentes como sujeitos dos direitos mais elementares previstos em nossa Constituição Federal. Assim, para que nossos jovens possam desfrutar da plena cidadania, tendo acesso aos direitos econômicos, políticos, sociais e culturais, faz-se necessária a implementação de políticas públicas. O E.C.A. fala em “política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente” (art. 87)<sup>50</sup>.

Atendidas as necessidades constantes do art. 87 do Estatuto, proporcionando à população menos favorecida um pouco de cidadania, estaremos no caminho da diminuição da incidência de atos infracionais e de crimes.

Devemos ter consciência de que a redução da idade para a imputabilidade penal não é solução para o problema da violência praticada por adolescentes. Submeter nossos jovens a um sistema carcerário falido só aumentaria os índices de violência no País em virtude do “contágio” proporcionado por esse ambiente de violência e promiscuidade que é a cadeia.

A Lei Menorista, apesar de prever medidas muito eficazes no embate à violência juvenil, poderia alcançar resultados ainda melhores caso se implementassem as regras e medidas ali previstas. Vale salientar que o E.C.A. serviu de parâmetro para diversos países e que ele trasladou regras das Nações Unidas elaboradas pelos maiores especialistas do mundo em delinquência juvenil, seja na prevenção (Diretrizes de Riad), seja na repressão (Regras de Beijing). Falta vontade política.

Restando incontestes que a menoridade penal e impunidade são ontologicamente diversas, no sentido de que aquela representa a

---

<sup>50</sup> O art.87 define as “linhas de ação da política de atendimento”, enunciando do mais geral ao mais específico: ‘I – políticas sociais básicas; II – políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que delas necessitem; III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV – serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente’.

incapacidade do menor de 18 (dezoito) anos responder perante o Direito Penal, mas a plena capacidade de ser responsável perante o Estatuto, submetendo-se ao devido processo legal, e que esta significa o estado de impune, que não encontra espaço na nossa lei diante das medidas ali previstas, fica claro que uma emenda tendente a reduzir a idade para imputabilidade penal, além de flagrantemente inconstitucional, por força do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, não é a solução para resgatar nossos jovens dos caminhos da delinquência.

A atuação e os resultados obtidos pelo Estatuto ficam comprometidos diante da insistência de se manietar sua estrutura e competência aos moldes de uma estrutura tradicional, de um órgão judicante também tradicional. A sociedade precisa tapar os ouvidos ao clamor do direito emocional difundido por nossa mídia sensacionalista e cobrar dos nossos governantes a efetiva aplicação de nossa legislação, a qual garante direitos e prevê medidas recomendadas internacionalmente.

A mudança de discurso precisa ser urgente, uma vez que ele vem de há muito e em nada ajudou no problema da diminuição do número de atos infracionais e de crimes. A retórica defensora da redução da imputabilidade é típica de quem age com nossos jovens como quem varre a poeira para baixo do tapete. Que a omissão de nossos governantes esteja por acabar, pois o Estatuto é uma lei que vale a pena ser testada no que ela preconiza.

O que esperar de um país omissos em relação a suas crianças e adolescentes? Talvez essa preocupação tenha feito o Padre Antônio Vieira, no século XVII, referir-se à omissão do governante não apenas como algo extremamente sério e reprovável, mas, também, como o maior dos pecados, porque “por uma omissão, perde-se uma inspiração, por uma inspiração, perde-se um auxílio, por um auxílio, perde-se uma contrição, por uma contrição, perde-se uma alma. Dai conta a Deus de uma alma, por uma omissão”.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> VIEIRA, Antônio. *Escritos históricos e políticos*. Organização Alcir Pécora. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 87.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABROMOVAY, Miriam; WAISELFISZ, Julio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; RUA, Maria das Graças. *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
2. ANDRADE, Anderson Pereira. *A convecção sobre os direitos da criança e seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios*. Revista do Ministério Público do Paraná, livro 28, jul./set. 2000. (Coleção Igualdade)
3. BICUDO, Hélio. *A Crise da Justiça de Menores*. Disponível em: (<http://www.neófito.com.br>). Acesso em 23 de maio 2002.
4. CABRAL, Edson Araújo. Política Pública: o que é e como se faz. In *Sistema de Garantia de Direitos: Um Caminho para a Proteção Integral*/ Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC. Recife, 1999.
5. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
6. CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
7. CAVALLIERI, Alyrio. *Menoridade Penal*. Disponível em: (<http://www.neófito.com.br>). Acesso em 23 de maio 2002.
8. CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. *Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
9. CURY, Munir. *Reduzir a idade penal não é a solução*. In Revista da Associação Paulista do Ministério Público. Ano II, nº 12, agosto de 1998.
10. CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

11. CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
12. FERRARI, Eduardo Reale. *Redução da Menoridade Penal ou Política Social para o Menor*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, nº 96.
13. FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
14. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
15. GOMES NETO, Gercino Gerson. *A inimputabilidade penal como cláusula pétrea*. Centro das Promotorias da Infância e Juventude. Florianópolis: 2000.
16. \_\_\_\_\_. *O adolescente autor de ato infracional frente aos princípios garantistas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Revista do Ministério Público do Paraná, livro 20, jul/set. 1998.(Coleção Igualdade).
17. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
18. ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2000.
19. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – 1º volume/Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
20. KAHN, Tulio. *Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, Ano 9, nº 104.
21. KOERNER JÚNIOR, Rolf. *A Menoridade é Carta de Alforria?* Revista do Ministério Público do Paraná, livro 11, abr./jun. 1996.(Coleção Igualdade)

22. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
23. MARTINS, Charles Emil Machado. *Alteração do princípio constitucional da maioridade penal para 16 anos de idade*. Disponível em: (<http://www.conamp.org.br>). Acesso em 23 de maio de 2002.
24. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
25. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.
26. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
27. MORAES, Roberta Brenner de. *Extensão dos Efeitos da Medida Sócio-Educativa de Internação*. Tese apresentada no 18º Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP.[s.l.] : 1999.
28. SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Direitos da Criança. *Correio Braziliense*. Brasília, 29 de out. 2001. Caderno Direito & Justiça.
29. SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
30. \_\_\_\_\_. *Inimputabilidade não é Impunidade*. Disponível em: (<http://www.rebidia.org.br>). Acesso em 23 de maio de 2002.
31. \_\_\_\_\_. *A Idade e as Razões: Não ao Rebaixamento da Imputabilidade Penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, nº 18, abr/jun, 1997.
32. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. II.

33. SILVA, João Estevam da. *Reduzir a menoridade penal só agravará o sistema de aplicação e execução da lei*. In Revista Justitia, vol. 159, jul/set, 1999.
34. SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *Ato Infracional, Medidas Sócioeducativas e o Papel do Sistema de Justiça na Disciplina Escolar*. Pela Justiça na Educação/Coordenação Afonso Armando Konzen, Alessandra Vieira (et al.). Brasília, MEC, FUNDESCOLA, 2000.
35. \_\_\_\_\_. *Sim à garantia para infância e juventude do exercício dos direitos elementares da pessoa humana. Não à diminuição da imputabilidade penal*. Revista do Ministério Público do Paraná, livro 25, out/dez. 1999.(Coleção Igualdade)
36. STRATHERN, Paul. *Aristóteles em 90 minutos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
37. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
38. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
39. VIANA, Guaraci de Campos. *Imputabilidade Penal Juvenil – Propostas e Soluções*. Disponível em: (<http://www.geocities.com.br>). Acesso em 23 de maio 2002.
40. VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. *A Irresponsabilidade Penal do Adolescente*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, nº 18, abril-junho, 1997.
41. VIEIRA, Antônio. *Escritos históricos e políticos/Pe. Antônio Vieira*. Organização: Alcir Pécora. São Paulo: Martins Fontes, 1995.



