

---

# XVIII Revista do CEPEJ

---

**Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal da Bahia**

---





**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO**

---

# XVIII Revista do CEPEJ

---

**Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal da Bahia**

---

Salvador – BA  
2016

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Tiragem: 200 exemplares

Distribuição: Todo o território nacional.

Revista do CEPEJ, v.1 – 1988. – Salvador : Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2016.

433 f.

v.18

Semestral

ISSN 1981 – 6758

1.Direito – Periódico

CDD 340.05

# CEPEJ

## **CONSELHO EDITORIAL:**

Prof. Doutor João Glicério de Oliveira Filho

Prof.<sup>a</sup> Doutora Joseane Suzart Lopes da Silva

Prof. Doutor Sebastian Borges de Albuquerque Mello

## **DIRETORIA EXECUTIVA:**

### **2015**

Diretoria de Presidência: Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos

Diretoria Administrativo-Financeira: Arthur de Oliveira d'Arede

Diretoria de Comunicação: Moisés Fernandes de Oliveira

Diretoria de Recursos Humanos: Paulo Henrique Vaz de Castro

Diretoria de Projetos: Deylane Azevedo Moraes Leite

### **2016**

Diretoria de Presidência: Arthur de Oliveira d'Arede

Diretoria Administrativo-Financeira: Uriel Torres Nunes

Diretoria de Comunicação: Cláudio de Oliveira Dantas Filho

Diretoria de Recursos Humanos: Ênyo Ribeiro Novaes Santos

Diretoria de Projetos: Ana Paula dos Santos Huoya

## **COMISSÃO EDITORIAL**

### **2015**

Fernando Sampaio Rodrigues. **Secretário da Revista**

Arthur de Oliveira d'Arede

Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos

Cláudio de Oliveira Dantas Filho

Deylane Azevedo Moraes Leite

Helena Loureiro Martins

Lucas Fernandes de Souza Silva

Moisés Fernandes de Oliveira

Paulo Henrique Vaz de Castro

## **2016**

Lucas Fernandes de Souza Silva. **Secretário da Revista**

Arthur de Oliveira d'Arede

Ângela Maranhão Lima de Souza

Ana Paula dos Santos Huoya

Cláudio de Oliveira Dantas Filho

Fernando Sampaio Rodrigues

Flávia Conceição Santos de Matos

Gustavo Costa Macedo

Matheus Santiago Gonçalves Silva

### **CORPO TÉCNICO:**

Ângela Maranhão Lima de Souza (capa)

Cláudio de Oliveira Dantas Filho (capa)

### **MEMBROS:**

Amanda Silva Barbosa Mello

Ana Paula Santos Huoya

Ângela Maranhão Lima de Souza

Arthur de Oliveira D'Arede

Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos

Claudio de Oliveira Dantas Filho

Deylane Azevedo

Diana Andrade Gatti

Diana Neuma Santos Sant'Anna

Ênyo Ribeiro Novais Santos

Fernando Sampaio Rodrigues

Flávia Conceição Santos de Matos

Gustavo Costa Macedo

Horácio Luís de Souza Rapadura Júnior

Isaane Sodré de Oliveira dos Santos

Kaique Martine Caldas de Lima

Laianne Porto Brasil

Leonardo Macedo dos Santos e Santos  
Lucas Fernandes de Souza Silva  
Luniza Carvalho do Nascimento  
Mariana Borges Nobre Lopes  
Matheus Santiago Gonçalves Silva  
Moisés Fernandes de Oliveira  
Paulo Henrique Vaz Castro  
Phillipe Ramon C. Queiroz  
Renan Anjos Chagas  
Taís Almeida Rocha  
Tath Lorena Silva Pina  
Thiago dos Santos Siqueira  
Uriel Torres Nunes



# SUMÁRIO

<b>PRÓLOGO.....</b>	<b>17</b>
---------------------	-----------

## **ARTIGOS**

### **CAPÍTULO I**

#### **A DESCONSIDERAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS.....21**

*Daniel Angeli de Almeida*

1. Introdução.....	22
2. O princípio da individualização da pena e seus desdobramentos.....	24
2.1 A fase legislativa.....	27
2.2 A dimensão dirigida ao julgador.....	29
2.2.1 A fixação do regime inicial de cumprimento de pena.....	31
2.3 A dimensão dirigida à execução penal.....	34
3. Sobre a lei 11.343/06 e o tratamento do tráfico ilícito de entorpecentes.....	36
4. A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas.....	41
4.1 O tratamento jurisprudencial dado à matéria.....	41
4.2 A construção doutrinária nacional.....	48
4.3 Hipótese de viabilidade da proposta.....	52
5. Conclusão.....	57
6. Referências.....	60

### **CAPÍTULO II**

#### **PONDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 373 DO NOVO CPC.....69**

*Luiza Barreto Braga Fidalgo*

1. Introdução.....	71
--------------------	----

2. Da acepção jurídica da prova.....	73
2.1 Princípios regentes.....	74
2.2 Valoração da prova.....	78
3. Do ônus probatório no processo trabalhista.....	80
3.1 Incompletude do art. 818 da CLT e aplicação do art. 333 do CPC/73.....	81
3.2 Possibilidade de inversão do ônus da prova.....	86
3.3 Teoria da carga dinâmica do ônus da prova.....	90
3.4 Do diálogo entre o processo civil e o processo trabalhista.....	92
4. Conclusão.....	96
5. Referências.....	97

### **CAPÍTULO III**

## **O GRANDE ENCARCERAMENTO BRASILEIRO: POLÍTICA CRIMINAL E PRISÃO NO SÉCULO XXI..101**

*Daniel Fonseca Fernandes*

1. Introdução.....	102
2. Política criminal brasileira na retomada democrática – o giro ao punitivismo no século XXI.....	105
2.1 Ambivalências constitucionais e produção legislativa.....	113
3. O grande encarceramento brasileiro.....	122
3.1 Prisões sem condenação.....	135
3.2 A cor do cárcere – aprisionamento da população negra.....	139
3.3 Nota sobre o estado de coisas inconstitucional e a superpopulação carcerária.....	142
4. Considerações finais.....	146
5. Referências.....	149

### **CAPÍTULO IV**

## **O PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: LEGITIMIDADE, CONTROLE E EFICIÊNCIA DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA.....155**

### ***Clóvis Mendes Leite Reimão dos Reis***

1. Introdução.....	156
2. Aspectos propedêuticos: o processo administrativo à luz da teoria geral do processo e do direito administrativo contemporâneo.....	158
2.1 Aspectos conceituais.....	158
2.2 Aspectos históricos.....	161
3. A realidade jurídico-social brasileira e a necessidade de processualização da atividade administrativa.....	166
4. As principais funções democráticas do processo administrativo.....	172
4.1 A legitimação da atividade administrativa.....	173
4.2 O controle da atividade administrativa.....	177
4.3 A eficiência da atividade administrativa.....	181
5. Conclusão.....	187
6. Referências.....	191

### **CAPÍTULO V**

### **ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE PRODUTOS IMPORTADOS POR PESSOAS FÍSICAS PARA USO PRÓPRIO.....199**

#### ***Júlia Terra Nova dos Santos***

1. Introdução.....	200
2. O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).....	202
2.1 Origem.....	202
2.2 Base Econômica.....	205
2.3 Hipótese de incidência: o desembaraço aduaneiro.....	208
2.4 Não cumulatividade no IPI.....	215
3. Mercado internacional e necessária tributação dos importados.....	221
4. Incidência do IPI na importação por não-contribuintes.....	224
4.1 Sistemáticas distintas para o IPI e o ICMS.....	231
4.2 Posicionamento atual dos Tribunais.....	235
5. Conclusão.....	239

6. Referências.....	241
---------------------	-----

## **CAPÍTULO VI**

### **DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PRECEDENTE JUDICIAL: A INTERFERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....245**

*Diego de Lima Leal*

1. Introdução.....	246
2. Do positivismo jurídico ao precedente judicial.....	247
3. O significado dos precedentes judiciais no civil law brasileiro.....	258
4. Conceitos e comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais no civil law brasileiro.....	267
5. Considerações finais.....	275
6. Referências.....	277

## **CAPÍTULO VII**

### **A SUSTENTAÇÃO ORAL E O AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE DESAFIA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE MÉRITO À LUZ DO NOVO CPC.....281**

*Júlia Wanderley Lopes*

*Paula Jucá Faskomy*

1. Introdução.....	283
2. O Novo Código de Processo Civil: considerações iniciais.....	285
2.1 A matriz principiológica do Novo CPC.....	287
2.2 Os princípios do contraditório e ampla defesa no Novo CPC.....	288
3. O conceito dos provimentos judiciais no Novo CPC e seus reflexos no sistema recursal.....	292
3.1 O conceito de sentença e decisão interlocutória no CPC de 1973.....	292
3.2 O CPC de 2015 e o novo conceito de sentença e decisão interlocutória.....	295

3.3 O novo conceito de decisão interlocutória e o julgamento parcial de mérito.....	297
3.4 A decisão interlocutória de mérito: reflexos no sistema recursal.....	299
4. O regime recursal da apelação e do agravo de instrumento no Novo CPC: breves anotações.....	302
4.1 Prazo de interposição.....	302
4.2 Efeito suspensivo.....	303
4.3 Sustentação oral.....	305
5. Sustentação oral e o agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de mérito.....	307
5.1 Sustentação oral no Novo CPC: omissão do legislador quanto às decisões interlocutórias de mérito.....	309
5.2 Incongruências decorrentes da omissão constante no artigo 937, VIII, do Novo CPC.....	312
5.2.1 Sentença terminativa versus decisão interlocutória de mérito.....	313
5.2.2 Súmula 255 do Superior Tribunal de Justiça.....	314
5.2.3 Desestímulo à cumulação de pedidos.....	318
5.2.4 Da técnica de complementação do julgamento prevista no Novo CPC.....	319
6. Considerações finais.....	322
7. Referências.....	323

## **CAPÍTULO VIII**

### **NATUREZA ESPECIAL CONSTITUCIONAL DA APOSENTADORIA DE PROFESSOR E A INAPLICABILIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO.....327**

*Marcelo Henrique Moreno Santos*

1. Introdução.....	328
2. Fator Previdenciário.....	330
3. Breve Histórico sobre a Aposentadoria do Professor.....	333

4. Exclusão do Fator Previdenciário nas Aposentadorias de Professor dos Ensinos Infantil, Fundamental e Médio.....	336
5. Regra 85/95.....	341
6. Conclusão.....	344
7. Referências Bibliográficas.....	345

## **CAPÍTULO IX**

### **VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA MÍDIA BRASILEIRA.....349**

*Lucas Araújo Mascarenhas*

1. Introdução.....	350
2. Liberdade de Imprensa.....	352
3. A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos de Personalidade: Intimidade e Direito à Imagem.....	357
4. Direitos e garantias da Criança e do Adolescente: a proteção constitucional e infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente).....	363
5. Responsabilidade jurídica dos Meios de Comunicação.....	366
6. Considerações Finais.....	372
7. Referências.....	374

## **CAPÍTULO X**

### **A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO GARANTIA DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: O ACESSO À JUSTIÇA E A CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....379**

*Hebert França de Santana*

*Ênyo Ribeiro Novais Santos*

1. Introdução.....	380
2. O constitucionalismo social como ferramenta para a transformação social.....	381
3. Defensoria pública e a ordem constitucional brasileira.....	387
4. Acesso ao judiciário: direitos de todos e dever do estado...394	
5. As defensorias públicas na consagração dos direitos e garantias fundamentais.....	399
6. Conclusão.....	401

7. Referências.....	402
---------------------	-----

**CAPÍTULO XI**

<b>TORTURA: PERMANÊNCIA E DESAFIO .....</b>	<b>405</b>
---	------------

*Amanda Barreto Meirelles do Nascimento*

1. Introdução.....	406
2. Conceito e breve histórico.....	406
3. A tortura na ditadura militar no Brasil- casos exemplares..	416
4. A resposta Institucional normativa.....	424
5. O desafio da permanência.....	427
6. Considerações finais.....	430
7. Referências.....	432



## PRÓLOGO

Pesquisar é tarefa das mais árduas e gratificantes que uma pessoa pode assumir: perpassa pela disciplina do método, pela angústia do recorte e, com certa transcendência, pelo prazer da descoberta. Ao entrar na Faculdade de Direito, o estudante tem a opção de ser mero “alumnus” e, em uma relação verticalizada, depender do docente para se nutrir, absorvendo e repetindo o conhecimento que lhe é (re)passado. Noutro prumo, pode optar também por ultrapassar os ditames impostos pela academia homogeneizante e ser sujeito ativo na construção do conhecimento científico-universitário. Fazendo esta opção e problematizando o conteúdo que lhe é ensinado, o estudante busca no seu inconformismo a motivação para encontrar não apenas novas respostas, mas também novas perguntas.

Pensar e refletir sobre o Direito para além da mera interpretação exegética do texto normativo é tarefa do pesquisador. É nesse horizonte que se deve evitar o mero “lugar comum” e almejar respostas para os infundáveis problemas que rondam a seara jurídica, bem como, e principalmente, os seus reflexos nas relações sociais. São advertências ao pesquisador do Direito que vá além dos muros das codificações e abrace com intimidade a sua infundável relação com as demais ciências e conhecimentos.

A Revista do CEPEJ chega à sua décima oitava edição com a tradição que lhe é inerente e o protagonismo estudantil que é sua marca notável. Desde 1988 este periódico tem como escopo a abertura de um espaço propício à produção e disseminação científica estudantil no âmbito jurídico baiano. Buscando acordar a comunidade estudantil da letargia em direção ao destemor acadêmico, é com satisfação que o Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas apresenta mais essa edição em formato eletrônico.

Comissão Editorial

# ARTIGOS



---

## CAPÍTULO I

### A DESCONSIDERAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

**Daniel Angeli de Almeida\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O princípio da individualização da pena e seus desdobramentos; 2.1 A fase legislativa; 2.2 A dimensão dirigida ao julgador; 2.2.1 A fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 2.3 A dimensão dirigida à execução penal; 3 Sobre a lei 11.343/06 e o tratamento do tráfico ilícito de entorpecentes; 4 A desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas; 4.1 O tratamento jurisprudencial dado à matéria; 4.2 A construção doutrinária nacional; 4.3 Hipótese de viabilidade da proposta; 5. Conclusão.

**RESUMO:** O presente trabalho visa avaliar o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de drogas e, para tanto, analisar-se-á as dimensões do princípio da individualização da pena e os efeitos desta norma na aferição do privilégio no tráfico de drogas. Posteriormente, far-se-á um estudo acerca dos sujeitos disciplinados na Lei 11.343/06, diferenciando o “traficante profissional” do traficante eventual, a partir da análise crítica da Política Criminal Antidrogas brasileira. Destaca-se a importância do tema, uma vez que parcela significativa da população carcerária brasileira cumpre pena pelo tráfico de drogas privilegiado, não tendo acesso aos benefícios da execução em função da hediondez do delito. Ao final do trabalho, almeja-se angariar dados suficientes para alicerçar a desconsideração da natureza hedionda do tráfico privilegiado. A conclusão

---

\* Mestrando em Direito Público pela UFBA. Graduado em Direito pela UFBA.

analisará a produção doutrinária e jurisprudencial, através de uma metodologia dedutiva, visando uma evolução do sistema jurídico brasileiro, que não mais comporta excessos punitivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes hediondos. Política Criminal de Drogas. Tráfico Privilegiado de Drogas. Individualização da Pena. Garantismo Penal.

**ABSTRACT:** This work aims to evaluate the heinous nature of privileged drug trafficking, and, to achieve this goal, an analysis will be made on the dimensions of the individualization of punishment principle, considering the effects of this standard principle in measuring the privilege in drug trafficking. Armed with this content, a study will be done on the subjects disciplined by Law 11.343/06, differentiating the "professional dealer" of eventual dealer, using the critical analysis of criminal drug policy adopted in Brazil, and its prohibitionist feature. The idea is to gather enough data to support a position aimed to abolish the privileged drug trafficking from the crimes treated as heinous. The conclusion should be based on doctrinal and jurisprudential aspects, using deductive method, targeting an evolution of the legal system that no longer admits punitive excesses.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a desconsideração da natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas, assim denominado pela doutrina, previsto no §4 do art. 33 da Lei 11.343/06. A abordagem do tema será feita sob uma ótica garantista, lastreada sobretudo na obra de Luigi Ferrajoli,

enfocando o baixo potencial ofensivo do delito, insuficiente para ser equiparado aos crimes hediondos, exigindo um tratamento diferenciado e menos rigoroso.

Para cumprir a expectativa almejada, será necessário fazer um estudo, já no primeiro capítulo, sobre o princípio da individualização da pena e suas dimensões legislativa, judiciária e executiva, tendo em vista a necessidade de se analisar pormenorizadamente as peculiaridades do delito alvo, de forma a descobrir o que o distingue do tráfico na sua modalidade tradicional. Como se verá adiante, a análise do princípio da individualização da pena no crime de tráfico privilegiado evidencia a incompatibilidade do status de hediondez atribuída a este delito, além de ser um princípio largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação dos dispositivos da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Ademais, em sede de segundo capítulo, será elaborada uma análise da Lei 11.343/06, que visa disciplinar a Política Nacional Antidrogas, perpassando pelo estudo do tráfico privilegiado e do tráfico convencional, com o objetivo de definir as diferenças deontológicas entre os tipos penais, bem como as distinções ontológicas entre os agentes que praticam cada modalidade. Somente assim será possível, auxiliado por uma interpretação teleológica das normas em apreço,

visualizar os diferentes graus de ofensividade das condutas praticadas por seus agentes, bem como demonstrar o não-profissionalismo da atividade do traficante privilegiado, que não integra organizações criminosas e não se dedica a atividades delituosas.

Por fim, em sede de terceiro capítulo, de posse das informações contidas ao longo da pesquisa, será elaborado o estudo sobre a inviabilidade de manutenção do tráfico privilegiado como crime equiparado a hediondo e apresentada uma via de solução adequada para o problema.

## **2. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS**

Os princípios constitucionais em geral não se aplicam univocamente a todas as situações, pois adquirem nova roupagem a depender do caso concreto em que são suscitados. Ao lado das regras, os princípios são espécie de normas jurídicas, porém dotados de características que os diferenciam e determinam a sua função no ordenamento. Explica Gilmar Mendes que enquanto as regras aplicam-se segundo o critério do “tudo ou nada”, de maneira, portanto, disjuntiva – a aplicação de uma regra a um caso concreto acarreta o afastamento de outras regras com ela incompatíveis – os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, o

peso (MENDES, 2014, eBook, cap. 1 – V.6). Os princípios podem interferir uns nos outros, de forma que a solução de um conflito de princípios não passa pela negação de um deles. Há de se apurar o peso que cada princípio ostenta no caso concreto, pois um princípio pode conviver com outro antagônico, devendo prevalecer aquele que possui mais peso no caso concreto, sem determinar o afastamento total do outro. É justamente este comportamento que irá diferenciar os princípios das regras, e não seria diferente com o princípio da individualização da pena, que emana diretamente do texto constitucional, precisamente do art. 5º, inciso XLVI.

Individualizar algo significa torná-lo único, diferente dos demais. A individualização visa destacar algo ou alguém de um todo; apontar as suas características únicas, que o diferenciam de qualquer outro; criar uma identidade. Como assevera Guilherme de Souza Nucci, individualizar é “particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto” (NUCCI, 2009, p. 35). Sob o enfoque jurídico criminal, individualizar é determinar as características de uma sanção penal, especificando seu tipo, seu *quantum*, seu método de cumprimento e efeitos sobre o condenado, vale dizer, impor ao condenado a exata medida penal necessária para cumprir

suas funções repressiva, preventiva e ressocializadora.

Para individualizar uma sanção penal, é necessário visualizar que cada pessoa acusada é única, e cada fato delituoso é, também, único, sendo necessária uma reprimenda específica em cada caso concreto. Portanto, faz-se necessário criar balizas para sua aplicação, devendo a individualização da pena ser feita em diversas etapas, a começar pela sua dimensão legislativa, passando pelo momento do julgamento e finalizando-se com a execução da reprimenda imposta. Este princípio, portanto, comporta três dimensões, a legislativa, a judiciária e a executiva.

A etapa legislativa consiste em cominar os limites mínimo e máximo da pena de cada delito, com a descrição da conduta considerada criminosa. Na etapa jurisdicional o magistrado deve aplicar, dentro do limite estabelecido pelo legislador, a sanção adequada para cada fato criminoso, determinando a espécie, a quantidade de pena e o seu modo de cumprimento. Por sua vez, na etapa da execução penal, a sanção aplicada será cumprida na forma descrita na sentença, de maneira progressiva e respeitando as peculiaridades de cada apenado, visando a reintegração social.

Nota-se que, sobretudo ao tratar de crimes hediondos e equiparados, a individualização da pena cumpre função importantíssima, pois o tratamento endereçado para esta

categoria delituosa é revestido de um rigor exacerbado, desde a fase pré-processual até a executória. Os dispositivos legais dedicados a este tipo de crime são rígidos, impondo aos condenados um tratamento nitidamente mais gravoso em razão da natureza hedionda do delito. Neste contexto, é de suma importância o respeito ao princípio individualizador da pena, pois somente através da análise pormenorizada de um tipo penal será possível qualificá-lo como hediondo. Em se tratando do delito de tráfico privilegiado de drogas, no qual a pena a ser aplicada é tão pequena que é possível a substituição por penas restritivas de direitos, a atribuição do caráter hediondo parece ser uma solução equivocada.

## **2.1 A FASE LEGISLATIVA**

Como primeira etapa do processo de individualização da pena, a fase legislativa adquire relevante importância para a política criminal. Inaugura-se a efetivação do princípio em tela com a definição de quais condutas serão consideradas puníveis pelo legislador. A tipificação de um crime é feita pela descrição da conduta através de símbolos linguísticos claros e unívocos, de maneira que não comportem dubiedades na sua tarefa interpretativa – trata-se da aplicação do princípio da taxatividade, segundo o mestre Francisco de Assis Toledo “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não

devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios” (TOLEDO, 1994, p. 29).

Ora, mas não cabe ao Poder Legislativo, por meio de sua prerrogativa criminogênica, intervir em qualquer seara das relações humanas. O Direito Penal deve ser subsidiário, mínimo, somente pode entrar em cena quando nenhum outro tipo de instituição puder solucionar o caso específico. Isto ocorre por conta da relevância do bem jurídico vulnerado pelo sistema penal, a liberdade. Nesta esteira leciona o mestre Urbano Félix Pugliese:

A característica indica que, quando houver uma saída para resolver a dificuldade fora do direito penal – frise-se: do violento direito penal –, em outro ramo do conhecimento, como Psicologia, Medicina, Psiquiatria, Sociologia, Antropologia, ou outro ramo do Direito, como civil, família, sucessões, administrativo ou tributário, este deve ser o caminho a ser escolhido pelo Estado. Portanto, a questão da subsidiariedade é de escolha pelo estado da opção geradora de menor violência (PUGLIESE, 2011, p. 85).

Torna-se claro, então, que a atuação do legislador deve-se limitar aos casos em que nenhum outro tipo de conhecimento seja capaz de dar fim ao problema. Daí pode-se inferir que a individualização da pena, tanto quanto o Direito Penal, é medida subsidiária, somente atuando em função da inaptidão de qualquer outro meio para entregar uma solução ao

caso. *Mutatis mutandi*, sempre que o Direito Penal se fizer indispensável para controlar determinada situação, o princípio da individualização da pena também deverá estar presente. O Direito Penal e o princípio individualizador estão entrelaçados, de forma que não há pena que não seja individualizada.

Trata-se do princípio da intervenção mínima, ou do modelo de Direito Penal mínimo, defendido por Luigi Ferrajoli, que afirma que:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza (FERRAJOLI, 2014, p. 102).

## **2.2 A DIMENSÃO DIRIGIDA AO JULGADOR**

A tarefa de individualizar a pena não se finda com o término do trabalho do legislador, longe disso, esta é apenas a primeira etapa para a efetivação do princípio. Com o fim do primeiro terço individualizador, entra em cena o julgador, o magistrado que deverá aplicar a pena em concreto. A tarefa do julgador é considerada como de discricionariedade juridicamente vinculada, uma vez que deve determinar, através da livre apreciação das provas, qual é a exata medida de pena a

ser aplicada para o condenado, dentro das balizas previamente estabelecidas pelo legislador, sempre motivando as suas decisões. O decreto condenatório é proferido pelo magistrado com base no seu livre convencimento motivado, vale dizer, o juiz tem liberdade para decidir a reprimenda a ser imposta ao réu, mas deve sempre indicar e justificar adequadamente cada elemento utilizado para a formação do seu convencimento.

Trata-se do momento mais importante da individualização da pena, pois nele a norma penal abstrata será transformada em norma concreta, vale dizer, o indivíduo será atingido pela regra penal incriminadora. A missão do julgador é, portanto, estabelecer a reprimenda penal a ser aplicada ao réu, dentro dos limites mínimo e máximo previamente impostos pelo legislador, bem como definir qual será o regime inicial de cumprimento de pena, e, por fim, decidir se é cabível ou não a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie penal, conforme balizas dos arts. 44 e 77 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O trabalho do julgador não é uma mera operação aritmética, antes perpassa pela avaliação subjetiva das circunstâncias do caso concreto, sendo dividido em três fases. O sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro visa dosar a pena na medida exata para dar uma efetiva resposta ao condenado, atentando para o plano fático

em que ocorreu o crime.

É justamente nesta etapa da individualização da pena que será aplicado o dispositivo conhecido como tráfico privilegiado de drogas. Em verdade, o que parece ser um tipo penal autônomo não passa de uma causa especial de diminuição de pena, aplicável na terceira fase da dosimetria da pena. Note-se que, no caso específico do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), o reconhecimento de que o réu é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa garante a ele a aplicação da referida causa de diminuição no seu patamar máximo de 2/3, podendo a pena definitiva chegar até o *quantum* de 1 ano e 8 meses.

Do exposto surgem as seguintes indagações: Pode o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas compartilhar do mesmo *locus* legal que o benefício do tráfico privilegiado? Há lugar, na caracterização de um delito, para a configuração simultânea da hediondez e do privilégio? Persiste o caráter hediondo do tráfico de drogas mesmo após o reconhecimento que este foi praticado na modalidade privilegiada? Tais perguntas serão respondidas no decorrer do presente trabalho.

## **2.2.1 A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA**

Com o estabelecimento da pena definitiva, o magistrado deverá preocupar-se com a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Para tanto, ele deverá observar as balizas trazidas pelo artigo 33 do Código Penal.

Via de regra, o condenado a uma pena superior a oito anos, deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime fechado. Se a condenação for inferior a oito anos e superior a quatro, este apenado deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto. Sendo a pena inferior a quatro anos, o regime de cumprimento deverá iniciar como sendo o aberto. Apesar da previsão legal, estas balizas não passam de uma sugestão para o julgador, que deverá, conforme expresso no parágrafo 3º do art. 33 do Código Penal, avaliar as circunstâncias judiciais do autor do fato para definir o regime inicial da pena. Desta forma, pode o magistrado impor ao sentenciado um regime mais favorável, se assim indicar a análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP.

A Lei de Crimes Hediondos, nº 8.072/90 (BRASIL, 1990), prevê no seu art. 2º, parágrafo 1º, que o regime inicial para os condenados pelas espécies elencadas neste diploma legal será o fechado. Ocorre que o referido dispositivo é flagrantemente inconstitucional, pois fere de morte o princípio

individualizador da pena. Toda pena deve ser determinada e cumprida de forma individualizada, não podendo uma dimensão individualizadora interferir na atuação da outra. Vislumbra-se, depois de toda a análise elaborada neste capítulo, que a atuação legislativa finda-se com o início da atuação judiciária. É tarefa do julgador a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, e não do legislador, como sugere o parágrafo 2º do art. 1º da Lei 8.072/90.

A escolha do regime inicial de cumprimento de pena para os crimes hediondos pelo legislador é uma notável invasão do poder decisório do juiz, que deve avaliar as circunstâncias específicas do caso para determinar qual será o melhor regime para que o apenado comece a cumprir sua reprimenda. Tal determinação não pode ser *ex legis*, pois violaria a separação entre os poderes definida constitucionalmente, atentando contra o Estado Democrático de Direito. A função do Poder Legislativo é o de estabelecer as balizas para que Poder Judiciário decida, com margem discricionária e devidamente fundamentada, qual a melhor resposta para o caso concreto.

Não à toa o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em 27 de Junho de 2012, no julgamento do Habeas Corpus nº 111840 (BRASIL, STF, 2012), declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da

Lei de Crimes Hediondos, por violar o princípio constitucional da individualização da pena, dando fim à instabilidade jurídica gerada pela criação do dispositivo. Como bem salienta Rômulo de Andrade Moreira:

Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica, indubitavelmente, que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, a priori, alguém seja condenado a cumprir a sua pena obrigatoriamente em regime inicialmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de se iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão (MOREIRA, 2012).

Desta forma, utilizando como parâmetro os princípios constitucionais, especialmente o da individualização da pena, a jurisprudência do STF vem ajustando a legislação nacional, por meio do efeito vinculante e da eficácia erga omnes de suas decisões, baseada, sobretudo, na maximização da força normativa da Constituição.

### **2.3. A DIMENSÃO DIRIGIDA À EXECUÇÃO PENAL**

Finda a etapa judiciária da individualização da pena, passa-se a fase executória. O começo deste processo se dá com a prolação da sentença condenatória e aplicação da pena. Iniciada a execução, seja ela definitiva ou provisória, serão contabilizados os prazos para obtenção dos benefícios de cumprimento da pena. Todo o processo de execução será regido por uma autoridade judiciária – o juiz da Vara de Execuções Penais -, auxiliado por diversos órgãos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Patronato de Presos e Egressos, o Conselho Penitenciário, a Secretaria de Administração Penitenciária, dentre outros.

O objetivo de toda execução penal é a ressocialização do apenado, vale dizer, a sua reinserção no meio social através de uma paulatina imersão no convívio com o mundo exterior à prisão. Como bem frisa Ricardo Augusto Schmitt, “podemos concluir que a execução da pena está centrada num sistema de (re)inserção do condenado à vida em sociedade, revelando-se como a verdadeira mola mestre para realizar a harmônica (re)integração social do condenado (reeducando) ao convívio social” (SHMITT, 2008, p. 792). Os fins colimados para as penas privativas de liberdade não podem ser alcançados sem a ação conjunta de todos os órgãos responsáveis pela execução penal.

A execução penal, portanto, é a etapa derradeira do princípio da individualização da pena e, como todas as outras etapas, deve ser tratada com a relevância que o princípio lhe impõe, sob pena de inutilizar todo o caminho até aqui percorrido pelos demais atores da individualização.

### **3. SOBRE A LEI 11.343/06 E O TRATAMENTO DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**

Daniel Nicory do Prado ensina que “as drogas carecem de controle, mas controlar não se resume a proibir, proibir não se resume a criminalizar, e criminalizar não se resume a encarcerar” (PRADO, 2013, p. 14). A política nacional de combate às drogas tem se resumido, há muito tempo, a encarcerar desmedidamente todos aqueles que se envolvem com o tráfico e, porque não dizer, com o consumo de entorpecentes. Existem diversas maneiras de tratar os usuários e traficantes de drogas, uma delas é usando o Direito Penal, e justamente esta foi a escolhida pelo Brasil, que insiste em utilizar não só a Justiça Punitiva, mas também todo o aparato bélico disponível, para combater este tipo de ilícito.

A Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) estabelece uma diferenciação, dentro do próprio delito de tráfico de drogas, relativa ao tipo de traficante que opera o comércio ilegal, são as figuras do traficante contumaz e do traficante eventual. A

distinção não passa de uma causa especial de diminuição de pena, aplicada na terceira fase da dosimetria penal – etapa judicial da individualização. Faz jus ao benefício o réu que, embora cometa o delito tipificado, ostenta bons antecedentes, seja primário e não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. A diminuição da pena será de um sexto a dois terços, podendo a sentença condenatória fixar uma pena de até 1 ano e 8 meses de reclusão para o agente que obter o benefício no patamar máximo. A aplicação da causa de diminuição gera o que a doutrina denomina impropriamente de tráfico privilegiado, sendo que o equívoco se deve ao fato de que não é cominada nova pena (com patamares mínimo e máximo) para o delito em questão, mas apenas incide sobre ele uma causa especial de diminuição. O privilégio é assim denominado quando o legislador determina um novo tipo penal para o delito – vale dizer, estabelece no preceito secundário do crime novas penas mínima e máxima – o que não ocorre na hipótese em apreço.

Para reconhecer a incidência da minorante, o julgador deve avaliar se presentes os seus requisitos. O primeiro deles é a primariedade, que se consubstancia na ausência de condenação anterior transitada em julgado. É primário o réu que nunca sofreu uma condenação definitiva, ou, ainda, readquire o status de primário o réu que teve sua pena extinta

há mais de cinco anos, conceitos trazidos pelo próprio Código Penal, no arts. 63 e 64. O segundo requisito para o reconhecimento do tráfico privilegiado é a constatação de que o réu ostenta bons antecedentes. Neste particular, deve-se adotar o entendimento do STJ a respeito do tema, sobre o qual exclui-se da noção de maus antecedentes inquéritos policiais ou ações penais em andamento, de acordo com a súmula 444 da Superior Instância: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, STJ, 2010). Ilustrando o posicionamento do STJ, a professora Viviane Nikitenko esclarece:

Visando a apelar referida discussão, sobretudo dando interpretação constitucional ao conceito de maus antecedentes, diante do princípio da presunção de inocência, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 444 proibindo que inquéritos policiais e ações penais ainda em curso sejam usados para exasperar a pena do acusado acima do mínimo legal (NIKITENKO, 2011).

Cabe reproduzir extrato da didática lição oferecida pelo Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 68465/DF, oportunidade em que fica clara a impossibilidade de se utilizar inquéritos policiais ou até mesmo decretos condenatórios sem trânsito em julgado em desfavor do réu no momento da

individualização da pena. Apenas a certeza da coisa julgada, vale dizer, apenas a imutabilidade das decisões judiciais pode quebrar a presunção de não-culpabilidade dos indivíduos, ainda que inúmeros sejam os procedimentos em seu desfavor:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. (...) É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento - a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do poder judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído (BRASIL, STF, 1991).

Os dois últimos requisitos exigem que o beneficiado não se dedique a atividades criminosas nem integre organizações criminosas. Quanto àquele, o melhor entendimento é de que o autor merece a benesse quando não

reste comprovado pela acusação de que tenha praticado outros atos relativos ao tráfico de drogas. Isto porque a redação do dispositivo é bem clara ao expressar o vocábulo “às” atividades criminosas, de forma que a crase indica que as atividades criminosas estão relacionadas ao cerne do dispositivo: o tráfico de drogas. Não é outro o entendimento de Plínio Gentil, doutor e membro do MP de São Paulo:

Ou seja, tomada ao pé da letra, a expressão, do modo como vem redigida, abrange somente as atividades criminosas relacionadas com a produção e a circulação ilícita de substâncias entorpecentes. Vai daí que a possível dedicação do réu a crimes de roubo ou de homicídio, por exemplo, não constituiria impedimento a que lhe fosse concedida a redução da pena, já que ele, afinal de contas, não se dedica às atividades criminosas de que cuida a Lei de Drogas (GENTIL, 2007).

Com relação ao último requisito, a não participação em organizações criminosas é facilmente verificável, pois com a edição da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) o legislador definiu o conceito de organização criminosa, dando fim a uma longa discussão acerca da impossibilidade de aplicação do disposto na Lei de Drogas em virtude da ausência de conceituação legal do que seria organização criminosa. Note-se que, em harmonia com o princípio da não culpabilidade,

somente pode ser negado o benefício do tráfico privilegiado com supedâneo na afirmação de que o autor integra organização criminosa caso o agente já ostente contra si condenação irrecorrível por crime de organização criminosa, previsto na Lei do Crime Organizado.

#### **4. A DESCONSIDERAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS**

Para se alcançar um posicionamento estruturado acerca do tema, é fundamental conhecer e analisar o que os juízes e tribunais nacionais vem decidindo acerca do tema. Neste capítulo, é importante analisar todos os detalhes que circundam a matéria em apreço, para não limitar a visão apenas ao que já está construído e decidido, mas também visualizar que certos padrões judiciais ensejam uma modificação do posicionamento atual. O que se pretende é expressar a necessidade de uma mudança do atual posicionamento jurisprudencial, pois o caminho que está sendo trilhado atualmente inexoravelmente acarretará na flexibilização do tratamento jurídico do tráfico privilegiado.

##### **4.1 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DADO À MATÉRIA**

A possibilidade de afastamento da natureza hedionda

(ou equiparada a hedionda), do tráfico privilegiado de drogas já foi alvo de discussão no Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões. A Corte Superior firmou entendimento de que a aplicação da minorante prevista no parágrafo 4º não afasta a hediondez do delito, haja vista que uma causa de diminuição não produz efeitos relativos à qualidade do crime, mas apenas muda a quantidade de pena. Pode-se observar que a posição adotada pelo STJ no REsp 1297936/MS não enfrenta todos os pontos que implicam na descaracterização da natureza hedionda deste delito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS  
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO  
RECURSO ESPECIAL. PENAL.  
TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO  
DA CAUSA ESPECIAL DE  
DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33,  
§ 4º, DA LEI Nº 11.343/2006.  
HEDIONDEZ CARACTERIZADA.  
RECURSO ESPECIAL  
REPRESENTATIVO DA  
CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS.  
QUESTÃO PACIFICADA PELA  
TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.  
DECISÃO MANTIDA POR SEUS  
PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes

hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL, STJ, 2013)

Neste sentido, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do Recurso Especial nº 1.353.499/PR expõe que:

A incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo, nos termos das razões do recorrente, apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos (BRASIL, STJ, 2012).

Dando seguimento a uma política judiciária visivelmente equivocada, o STJ vem editando inúmeros enunciados de súmulas da jurisprudência dominante no Tribunal, o que gera problemas gravíssimos relativos ao livre convencimento motivado do juiz para decidir a partir da apreciação das provas produzidas no processo judicial, tema que, apesar de muito relevante, não tem espaço para ser debatido no presente trabalho. O resultado desta equivocada política de edição de súmulas foi o enunciado nº 512 da Súmula do STJ, publicado em 10/06/2014, afirmando que “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” (BRASIL, STJ, 2014).

Ocorre que, quando aplicada a causa especial de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, desnatura-se toda a ofensividade e o grau de reprovabilidade da conduta prevista no *caput*. Trata-se de muito mais do que uma causa de diminuição de pena de caráter meramente pessoal, como pretende o STJ, depara-se aqui com um novo crime, revestido por caracteres distintos daqueles que delineiam o delito que encabeça o artigo. Com efeito, o crime de tráfico praticado pelo profissional está imerso numa estrutura de poder paralelo extremamente complexa, na qual o traficante está em contato com uma quantidade extravagante de drogas, além da utilização ostensiva de armas de fogo em todos os âmbitos da estrutura, – desde o “aviãozinho” até o chefe da facção criminosa. No delito de tráfico privilegiado, o agente não se envolve com organizações criminosas, não está inserido numa estrutura hierárquica de poder paralelo, não administra a venda e utilização de equipamentos bélicos e muito menos preocupa-se com transporte, armazenamento e outros problemas logísticos que podem advir do comércio de grandes quantidades e variedades de entorpecentes. O traficante privilegiado movimentava pequenas quantidades de drogas e não utiliza armamentos, como resta consignado nas amostragens

feitas pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, através do Grupo de Pesquisa do Observatório da Prática Penal, em seu boletim mensal nº 4 – junho/2014:

Quanto maior o percentual de condenações, menor a aplicação de pena de prisão nos casos de tráfico privilegiado, o que pode indicar que as penas restritivas de direito são mais usadas quando há um número maior de apenados na posse de pouquíssima quantidade de drogas e desarmados (como também se verá nos gráficos subsequentes) (BAHIA, 2014, p. 9).

Explica-se assim a hipótese levantada pelo referido grupo de pesquisa de que os critérios legais para determinar se a droga apreendida com o agente era destinada a uso pessoal ou para o comércio, presentes no art. 28, parágrafo 2º da Lei de Drogas, não estão sendo utilizados pelos magistrados para diferenciar o usuário do traficante. No entanto, estão sendo usados para determinar a incidência ou não da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do art. 33, que, como dito, adquire caráter muito mais objetivo (quantidade e variedade de drogas e posse de armas de fogo) do que subjetivo (dedicar-se a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas). Não é outra a conclusão alcançada pelo Observatório da Prática Penal:

Tais resultados reforçam a hipótese formulada no mês anterior, de que, nas

zonas cinzentas ou situações limítrofes, as variáveis acima (natureza, quantidade ou variedade de drogas, ou posse de armas), apesar de serem previstas no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, como alguns dos critérios legais de distinção entre o tráfico e o porte para uso, não têm sido determinantes para a decisão dos magistrados (BAHIA, 2014, p.9).

Uma breve leitura dos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos demonstra a total incompatibilidade do seu texto legal com o tratamento do tráfico privilegiado. Como pode-se observar, os condenados por crimes hediondos são considerados de alta periculosidade, e para eles serão mantidos estabelecimentos prisionais de segurança máxima, pois a permanência em presídios estaduais pode por em risco a ordem ou a incolumidade pública.

Art. 3º da Lei 8.072/90: A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (BRASIL, 1990).

Por meio desta contradição legislativa, o sistema carcerário se depara diante de condenados de “alta periculosidade”, que têm, contudo, suas liberdades franqueadas pelo próprio sistema judiciário. Notadamente não

há mais discurso que se sustente ao defender uma manutenção do crime de tráfico privilegiado dentre os equiparados a hediondo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já exarou seu entendimento no HC-200.513/MS, Rel. Min. OG FERNANDES, sobre o que se considera um crime hediondo, concluindo que "Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o pensamento legislativo se direcionou para aqueles crimes mais aviltantes e com expressiva lesividade" (BRASIL, STJ, 2011).

Possuem expressiva lesividade as condutas que vulneram fortemente os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal. O crime de tráfico de drogas ostenta lesividade, pois atenta fortemente contra a saúde pública, tendo em vista que as organizações criminosas movimentam toneladas de drogas e facilitam o consumo dos usuários e a dependência de narcóticos. Ocorre que o traficante privilegiado não opera da mesma maneira. A saúde pública não sofre com o ato praticado pelo pequeno traficante, ele ainda não está imerso na grande estrutura de poder paralelo que ocasiona tantos outros problemas sociais. O pequeno traficante não é procurado frequentemente pelos consumidores, pois ele não é contumaz nesta prática, como já explicitado no capítulo anterior, e, portanto, não cria liames profissionais e não gera problemas

sociais de saúde.

A pena para este tipo de delito deve ser individualizada, e portanto diferenciada da pena prevista para o crime que inaugura o mesmo artigo. É por respeito ao princípio da individualização da pena que deve afastada a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado de drogas.

#### **4.2 A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA NACIONAL**

Diferentemente da rígida posição adotada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, a doutrina nacional é dividida quando trata do tema. Os doutrinadores mais tradicionais, como Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010, p. 231), acordam com o posicionamento dos tribunais e defendem a manutenção da natureza hedionda para o delito de tráfico privilegiado. Na contramão da jurisprudência, adotando um pensamento mais condizente com os ideais de um Estado de liberdades e garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, pensadores como César Peres (PERES, 2012, eBook) e João Augusto Medeiros (MEDEIROS, eBook), aderem à corrente mais libertária, defendendo a desconsideração da natureza hedionda para o crime de tráfico de drogas, quando aplicada a minorante prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Argumento largamente utilizado por doutrinadores que

defendem a exclusão do tráfico privilegiado do rol de crimes equiparados a hediondo cuida da necessidade de se dispensar um tratamento isonômico para duas situações idênticas. Na esteira deste pensamento, vale reproduzir o brocardo jurídico que diz: onde há a mesma razão de decidir, deve ser gerada a mesma solução. Com efeito, o crime de homicídio qualificado, quando sofre a aplicação do privilégio, não ostenta natureza hedionda, de sorte que sua disciplina jurídica é exatamente igual à do tráfico privilegiado: trata-se de uma causa especial de diminuição de pena, e não de um tipo penal autônomo. César Peres, afirma que:

Os delitos de homicídio qualificado e tráfico de entorpecentes recebem a denominação doutrinária de “privilegiados” pela mesma razão (incidência de uma minorante). Logo, se o primeiro não pode ser equiparado a hediondo, o segundo também não deve sê-lo (PERES, 2012).

João Augusto Medeiros, criticando a posição adotada pelo STJ de que “no impropriamente nominado “tráfico privilegiado”, as circunstâncias que se consideram para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar”, esclarece que:

Se a redução da pena não indica a vontade do Legislador em mitigar o juízo de reprovação da conduta, pergunto porque, afinal, a dogmática penal no estudo da Norma se ocupa do preceito sancionador, senão para estipular a resposta da sociedade às condutas por ela própria censuradas

(MEDEIROS, eBook).

Em sentido oposto, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci assevera que a incidência da causa de diminuição de pena não tem o condão de afastar a hediondez do delito, *in verbis*:

Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que são assim considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º (NUCCI, 2010, p. 361).

O professor Daniel Nicory do Prado defende que o tráfico de drogas na modalidade privilegiada merece ostentar o caráter de crime hediondo. Segundo o doutrinador baiano, a causa de diminuição de pena possui caráter subjetivo, ou seja, eminentemente pessoal, e deste modo não estaria apta a provocar uma alteração qualitativa do crime. O escopo da norma seria, na visão do professor, apenas diminuir a pena, sem necessariamente transformar seu status hediondo. Na sua obra “Crítica ao controle penal das drogas ilícitas” (PRADO, 2013, p. 84), explica que a interpretação pode definir os limites da equiparação dos crimes da Lei de Drogas aos crimes

hediondos, “no entanto, a descaracterização da hediondez de uma conduta não pode ser baseada simplesmente numa condição pessoal do agente, pois isso seria uma inaceitável manifestação do Direito Penal do autor”, e finaliza afirmando que “portanto, a minorante do §4º do art. 33 é apenas mais um instrumento de individualização da pena conferido ao juiz pelo legislador penal, que não retira do tráfico privilegiado as características próprias do tipo base de tráfico de drogas”.

Mais sóbria é a posição adotada pelo professor João José Leal, que salienta a necessidade de se diferenciar os tipos de tráfico de drogas, quer dizer, nem todo tráfico de droga causa uma repulsa acentuada no sentimento dos cidadãos, mormente aquele praticado pelo pequeno e eventual distribuidor, que funciona mais como usuário do que traficante. Tal conduta não pode ostentar uma resposta jurídica mais grave do que outras, que são nitidamente mais ofensivas aos bens jurídicos tutelados, e que, no entanto, são parcamente punidas. Obtempera Leal:

Aqui, mais uma vez, valem as críticas formuladas ao critério adotado pelo legislador ordinário e pelo constituinte, considerando o tráfico de substância entorpecente como crime obrigatoriamente hediondo. Embora a conduta de traficar drogas, em princípio, cause sempre repulsa acentuada, não devemos esquecer dos pequenos

eventuais distribuidores dessas substâncias, cuja ação delituosa poderá não merecer maior reprovação éticojurídica do que o cometimento de uma lesão corporal dolosa ou culposa, da qual resultem ferimentos graves ou gravíssimos em uma ou mais vítimas (LEAL, 2007, p. 92).

Exposto o pensamento doutrinário, nota-se que a permanência do tráfico privilegiado dentre os crimes equiparados a hediondo passa por um permanente questionamento. A doutrina não é uníssona em nenhum dos lados, pelo contrário, não há uma solução teórica pronta e acabada para a situação. Um estudo mais aprofundado, porém, torna viável os argumentos em favor da desconsideração da hediondez do referido crime. Ocorre que, para efetuar a referida desconsideração, é fundamental adotar uma trilha jurídica lícita, idônea, legítima para justificar uma mudança de tamanha importância para a política criminal de drogas no país. É justamente este caminho que será exposto no próximo tópico.

### **4.3 HIPÓTESE DE VIABILIDADE DA PROPOSTA**

A conclusão que se chega com a análise de todas as alternativas elaboradas acerca do tema é pela desconsideração da natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado. Decerto

que o legislador constituinte optou por equiparar, para todos os efeitos, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, logo, todas as disposições utilizadas para caracterizar os crimes hediondos são também aplicáveis aos crimes a eles equiparados.

Nota-se, a partir de uma breve análise da Lei 8.072/90, que o legislador ordinário elenca taxativamente os crimes que devem ser considerados hediondos, e o faz por amor ao princípio da legalidade estrita. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exhaustiva” (FERRAJOLI, 2014, p. 39). Tal afirmação poderia levar a crer que este princípio foca-se apenas na necessidade do estabelecimento rígido das construções semânticas dos tipos penais, ocorre que não se limita a isso, Ferrajoli continua:

Mas valem também para garantir a imunidade dos cidadãos acerca das intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias, este modelo de responsabilidade não é apenas um modelo epistemológico de racionalidade do juízo, senão ainda um modelo regulador de justiça formal (FERRAJOLI, 2014, p. 94/95).

Sendo assim, o princípio da legalidade estrita norteia toda a construção legislativa penal, portanto, todo dispositivo legal deve ser unívoco em sua interpretação, específico, direto, não sendo lícito abrir margens para interpretações. Repita-se, não é dado a um dispositivo penal deixar margens para interpretações. Todas as vezes que isto, acidentalmente, ocorrer, a interpretação deverá ser sempre restritiva, jamais extensiva.

Posto isso, verifica-se que é dever do legislador, ao definir as condutas tidas como hediondas, discriminar taxativamente a topografia penal de cada uma delas. Decerto que este dever foi cumprido com maestria, afinal, nos incisos deitados no art. 1º da Lei nº 8.072/90 o legislador ordinário discriminou cada dispositivo que há de ser considerado hediondo. O mesmo, contudo, não ocorreu com os delitos equiparados. Como já dito, o regime jurídico dos delitos equiparados a hediondos deve ser o mesmo dos hediondos. Sendo assim, deveria o legislador ordinário estabelecer o alcance exato da equiparação, definindo quais dispositivos deveriam ser tratados como equiparados a hediondos, da mesma maneira que o fez com relação aos crimes hediondos. Não é razoável que esta obrigação do legislador seja delegada ao julgador.

Não definidas as fronteiras interpretativas da

equiparação, esta operação deverá ser, obrigatoriamente, elaborada de maneira restritiva, pois se está diante de uma matéria de direito penal, onde não há espaço para interpretações extensivas *in mala partem*. Havendo dúvida sobre a abrangência da norma de equiparação, preza-se pela legalidade estrita, por ser mais benéfica ao réu, devendo ser equiparadas apenas aquelas condutas que estão na tipificação original do delito. Não se pode ampliar o âmbito de abrangência de uma norma se não houver lastro legal, sobretudo em se tratando de uma norma penal incriminadora. Deste modo, o delito de tráfico de drogas está previsto tão somente no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06. Não é lícito ao intérprete estender os limites interpretativos para ampliar a equiparação a outros parágrafos do mesmo artigo.

Observa-se, no tocante ao delito de extorsão, que a Lei 8.072/90 definiu como hedionda a conduta prevista no parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal – extorsão qualificada pela morte –, porém não alargou a hediondez para o parágrafo 3º do mesmo artigo, que traz um crime nitidamente mais grave do que o previsto no dispositivo anterior, qual seja, extorsão mediante restrição de liberdade da vítima com resultado morte. Se o legislador ordinário optou por não conferir hediondez ao dispositivo mais grave, ainda que por erro ou esquecimento, não cabe ao intérprete ampliar o

rol de crimes hediondos para incluir aquele esquecido, nem mesmo sob o pretexto de estar buscando a *mens legis*, ou seja, a intenção do legislador.

Aplicando o mesmo entendimento ao tema do trabalho, uma vez que o delito de tráfico de entorpecentes e drogas afins não foi topograficamente discriminado pela Lei de Crimes Hediondos, não cabe ao operador do direito interpretar extensivamente a determinação legal para incluir na equiparação o crime do parágrafo 4º, ainda que este não possua preceito secundário autônomo. A interpretação restritiva, mais adequada ao caso, impõe que a equiparação seja feita somente em relação ao delito do *caput*, excluindo da abrangência da Lei 8.072 até mesmo as condutas do parágrafo 1º, atinentes à matéria-prima para preparação de drogas, plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, e locais utilizados para tráfico de drogas, por não implicarem na conduta de tráfico de drogas propriamente dita, segundo o princípio da reserva absoluta da lei – legalidade (ou literalidade) estrita.

Conclui-se, portanto, que o crime previsto no parágrafo 4º da Lei de Drogas não merece ostentar a tacha da hediondez, visto que não foi especificada tal incorrência pela Lei 8.072/90. Tal (des)consideração implica na possibilidade do condenado por este delito obter os benefícios do indulto,

graça ou anistia, bem como alcançar os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional com os prazos de 1/6 e 1/3 de cumprimento da reprimenda, respectivamente. Na mesma esteira, o crime de tráfico privilegiado passa a ser afiançável, bem como a prisão temporária contra seu agente segue os ditames da Lei 7.960/89 (BRASIL, 1989), tendo o prazo máximo de 5 dias, prorrogável por igual período.

Tais condições se aproximam da noção de liberdade, condizem com o Estado de direito e tratam o apenado com dignidade e respeito, maximizando os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, isonomia, humanização das penas e dignidade da pessoa humana.

## **5. CONCLUSÃO**

A proposta deste trabalho é analisar a possibilidade de se efetuar a desconsideração da natureza hedionda do delito denominado de tráfico privilegiado. Para tanto, foi efetuada uma investigação acerca do princípio da individualização da pena, norteador de toda atividade penal, desde a criação de uma norma penal incriminadora, tarefa do Poder Legislativo, passando pelo julgamento e aplicação da pena ao caso concreto, dever do Poder Judiciário, e, por fim, a execução da reprimenda, tarefa que é compartilhada pelos três poderes da

República, mas que tem atuação direta do Poder Executivo, por meio das instituições administrativas responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das penas.

Em relação ao princípio individualizador, é necessário salientar que este cumpre papel essencial na investigação da hediondez do tráfico privilegiado. O respeito ao princípio exige que o operador do direito avalie as implicações concretas que a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas ocasiona para o sistema jurídico e política criminal brasileira. Uma avaliação detida evidencia que a pena aplicada para os agentes incursos neste tipo penal é inexpressiva, inferior a dois anos de prisão, o que não raras vezes acarreta na substituição da privação da liberdade pela restrição de direitos.

No entanto, outra informação muito significativa foi extraída da pesquisa, relacionada a necessidade de tratamento isonômico entre crimes hediondos e os equiparados. Notadamente, é perceptível que o legislador, ao considerar alguns crimes como hediondos, indica não apenas o nome do tipo penal, mas também os artigos e por ventura parágrafos de lei que os contém. Não o fez, contudo, em relação aos crimes equiparados aos hediondos, quando apenas indica que o terrorismo, a tortura e o tráfico de entorpecentes e drogas afins serão considerados como delitos equiparados aos hediondos,

sem especificar os dispositivos legais que sofrerão com as consequências da qualificação. Essa omissão tem consequências nocivas à segurança jurídica, a exemplo do que vem ocorrendo no STJ, que, como demonstrado no capítulo anterior, considera como hediondo não apenas o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06, que é o tráfico de drogas propriamente dito, mas várias outras condutas da Lei de Drogas que não mereciam ostentar tal qualificação.

Diante de tal omissão legislativa, é preciso aplicar regras interpretativas do Direito Penal, que funcionam como bússolas para suprir eventuais lacunas. A interpretação, portanto, deve ser sempre restritiva, de modo a não afetar desnecessariamente a liberdade dos cidadãos, pois trata-se de um ramo do direito norteado pelos princípios da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e, antes de tudo, da estrita legalidade.

Fundamental se faz individualizar cada tipo penal que merece ostentar a hediondez, excluindo-se deste rol o tráfico privilegiado de drogas, em harmonia com os princípios supracitados e com argumentos de ordem fática, como a inexpressiva ofensividade da conduta, a incompatibilidade entre as noções de hediondez e privilégio, o tratamento isonômico para o homicídio qualificado privilegiado e o tráfico privilegiado, a necessária taxatividade dos crimes

equiparados a hediondos, e, principalmente, a necessidade de se fazer uma interpretação restritiva da norma penal incriminadora que impõe o caráter hediondo ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Todas estas teorias foram levantadas e analisadas pormenorizadamente no corpo do trabalho, e ilustram o caminho trilhado para se chegar à conclusão de que a aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 afasta a hediondez do delito de tráfico de drogas.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 03 – Abril de 2014. Coord.: Daniel Nicory do Prado. Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim\\_321.pdf](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim_321.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2015.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 04 – Maio de 2014. Coord.: Daniel Nicory do Prado. Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim\\_04\\_Mai\\_2014\\_\\_OPP\\_ESDEP\\_BA.pdf](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Boletim_04_Mai_2014__OPP_ESDEP_BA.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2015.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado. **Observatório da prática penal**. Boletim mensal nº 05 – Junho de 2014. Coord.:

Daniel Nicory do Prado. Disponível em: [http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Bolletim\\_05\\_Jun\\_2014\\_\\_OPP\\_ESDEP\\_BA.pdf](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/Bolletim_05_Jun_2014__OPP_ESDEP_BA.pdf). Acesso em: 07 jul. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=108#DOC108>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 512**, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=40#DOC40>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **Recurso Especial 236681/MG**, Dje 22/10/2001 – Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAOPCRIM/Condena%C3%A7%C3%B5es%20sem%20tr%C3%A2nsito%20em%20julgado%20configuram%20maus%20antecedentes.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 200.513/MS**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=200513&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Habeas Corpus 140221/MS**, Dje 22/09/2009 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000371803%27>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. **Habeas Corpus 213680/SP**, DJe 15/08/2012 – Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000456224%27>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. **Recurso Especial nº 1.329.088/RS**. Dje 13/03/2013 – Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108692/recurso-especial-resp-1329088-rs-2012-0124208-0-stj/inteiro-teor-23108693>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. **Recurso Especial nº 1.353.499/PR**, Dje 12/04/2013 – Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/53211686/stj-17-04-2013-pg-3758>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1297936/MS**, Dje 18/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000480237%27>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rel. Min. Celso de Mello. **Habeas Corpus 68465/DF**, Dje 16/04/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150760&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 jul.

2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. **Habeas Corpus nº 97.256**. Dje 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2653717>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, **Habeas Corpus 101265**, julgado em 10/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000190341&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 111840**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840.NUME.+OU+111840.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pg62qhe>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 14 jul. 2015

BRASIL. **Lei 7.960**, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 28 de junho de 2006. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2015

BRASIL. **Lei 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 14 jul. 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **O tráfico de drogas privilegiado**: requisitos para o seu reconhecimento e análise da sua hediondez. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 dez. 2013. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2\\_&ver=1564](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2_&ver=1564). Acesso em: 27 out. 2015.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. Rev. Trad.: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas**: O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição de sua aplicabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1476, 17

jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10146>>  
Acesso em: 27 out. 2015.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Lei de Drogas: Muitas perguntas, algumas respostas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1638, 26 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10796>>. Acesso em: 27 out. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) - Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 12 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal.** 2. ed. rev. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEAL, João Jose. **Crimes hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade.** 2ª ed. (ano 2003). 5ª tir./ Curitiba: Juruá, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) - Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: “derecho penal” del enemigo?. *In: Lênio Luiz Streck (Org.) – Direito penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDEIROS, João Augusto. **Tráfico privilegiado é hediondo?** Artigos da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cEmMmEIJx4J:www.fesdep.org.br/index.php%3Foption%3Dcom\\_content%26view%3Darticle%26id%3D31:trafico-privilegiado-e-hediondo%26catid%3D10:artigos%26Itemid%3D23+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cEmMmEIJx4J:www.fesdep.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D31:trafico-privilegiado-e-hediondo%26catid%3D10:artigos%26Itemid%3D23+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 11 jul. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, BLANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos: mais uma inconstitucionalidade!**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3284, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22123>>. Acesso em: 27 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERES, César. **Tráfico de drogas privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não pode ser equiparado a crime hediondo: Direito a indulto e progressão de regime sem a incidência da Lei nº 8.072/90**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3440, 1 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23146>>. Acesso em: 27 out. 2015.

PORTELA, Alessandra Matos. **Usuário ou traficante? A operacionalidade do sistema penal desvelada por meio da análise da Lei nº 11.343/06**. Monografia de conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

PUGLIESE, Urbano Félix. **Uma nova visão do Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. Salvador: Ômnira, 2011.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. *In*: Rogério Dutra dos Santos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. *In*: Gamil Foppel (Coord.). **Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 8.ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad.: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 1991.



---

## CAPÍTULO II

### PONDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 373 DO NOVO CPC

**Luiza Barreto Braga Fidalgo<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da acepção jurídica da prova; 2.1 Princípios regentes; 2.2 Valoração da prova; 3. Do ônus probatório no processo trabalhista; 3.1 Incompletude do art. 818 da CLT e aplicação do art. 333 do CPC/73; 3.2 Possibilidade de inversão do ônus da prova; 3.3 Teoria da carga dinâmica do ônus da prova; 3.4 Do diálogo entre o processo civil e o processo trabalhista; 4. Conclusão

#### RESUMO

Esse artigo tem como escopo a investigação acerca dos pontos negativos e positivos, bem como a viabilidade fática, da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista. No Direito Processual Comum, o Novo CPC consagrou de forma expressa essa teoria, cujo pioneirismo de previsão e de efetiva utilização foi do/no Código de Defesa do Consumidor/Direito das Relações de Consumo. Para alcançar esse mister, procedeu-se a um

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito – Universidade Federal da Bahia. Integrante do Grupo de Pesquisa “SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS”. Técnica Judiciária do TRT – 5ª Região desde maio/2014. Foi estagiária do SAJU – UFBA de junho/2012 a fevereiro/2014, do Escritório de Advocacia “Rego, Nolasco e Lins” de janeiro/2014 a maio/2014 e é associada estudante da Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON desde janeiro/2014. Foi Bolsista do Programa Jovens Talentos, no período de agosto/2012 a julho/2013, e do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Extensão Universitária (PIBIEX), no período janeiro/2014 a junho/2014. Endereço Eletrônico: fidalgoluiza@gmail.com.

esclarecimento sobre conceitos básicos sobre prova, sobre o ônus probatório, sobre a possibilidade de inversão e de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, bem como sobre a relação dialógica entre o processo civil e o trabalhista. Nesse particular, houve o cotejo entre dispositivos dos diplomas celetistas e os processuais comuns para que se analisasse se há compatibilidade normativa e principiológica no que tange ao direito probatório entre esses dois distintos âmbitos da *práxis* forense, mantendo-se como alicerce as previsões constitucionais que circundam o tema.

**PALAVRAS-CHAVES:** Ônus da Prova; Carga Dinâmica; Processo Trabalhista; Processo Cível; Compatibilidade.

**ABSTRACT:**This article is scoped research on the negative and positive points as well as the factual feasibility of applying dynamic theory of burden of proof in the labor process. In the Common Law Procedure, the New CPC consecrated expressly that theory, whose pioneering forecast and actual use was the / in the Consumer Protection Code / Law of Consumer Affairs. To achieve this mister, it proceeded to the clarification of basic concepts of proof on the evidential burden on the possibility of inversion and application of the theory of dynamic load of the burden of proof and on the dialogic relationship between the civil procedure and labor. In this regard, there was a comparison between devices of CLT diplomas and common procedure for that examine whether there are normative and principled compatibility regarding the probative right between these two different areas of forensic practice, keeping a foundation the constitutional provisions surrounding the theme.

**KEY-WORDS:** Proof of Charge; Dynamic Load; Process Labor; Civil Procedure; Compatibility.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como lastro teórico a análise minuciosa acerca da viabilidade estrutural e da conjuntural da aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus probatório no Processo do Trabalho. A justificativa teórica desse trabalho está umbilicalmente ligada ao exame da compatibilidade fática do artigo 373 do Novo CPC com os princípios e normas celetistas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas foi elaborada em 1943, disciplinando tanto o direito adjetivo quanto o direito material na esfera trabalhista. Ainda que tenha havido diversas inovações normativas durante as décadas seguintes, constata-se que esse Decreto-Lei permanece defasado no tratamento de relevantes temas processuais. Nesse particular, identifica-se, por exemplo, que a matéria atinente à prova e à distribuição do seu ônus não foi exaustivamente tutelada por esse conjunto normativo, o que impulsiona os profissionais da área jurídica a buscarem em dispositivos do processo comum a completude para o tratamento dessa temática. O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333, dispunha sobre o cabimento do ônus da prova para o autor quanto a fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto a fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor. O Código de Defesa do Consumidor, pioneiramente, previu de forma

expressa as possibilidades de inversão do ônus da prova e de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus probatório, desde que atendidos os requisitos constantes na Lei 8.078/1990. Nesse contexto, o advento do Novo CPC com a positivação dessa última teoria representa um avanço na construção de uma produção probatória mais razoável e equânime.

A Lei 13.105/2015 trouxe, outrossim, um dispositivo bastante polêmico no que atine à aplicação das normas gerais de processo. O artigo 15 desse diploma dispõe que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Ocorre que, *a priori*, seria possível cogitar a existência de um conflito normativo entre esse texto legal e o quanto previsto pelo artigo 769 da CLT. No presente artigo, estudar-se-á se a ideia de compatibilidade entre as normas trabalhistas e as de outros ramos jurídicos exigida pelo diploma celetista terá, ou não, sido derogada pela *novatio legis*. No que concerne à importância social dessa pesquisa, sobressai o fulcro de tecer ponderações preliminares acerca de conhecimentos teóricos e de ordem prática que circundam essa temática para que se colabore na resolução dos conflitos trabalhistas de maneira

equânime, prezando pelo respeito à busca da verdade real também no campo do direito processual.

## **2. DA ACEPÇÃO JURÍDICA DE PROVA**

No que concerne às acepções jurídicas de prova, há a hipótese em que esse termo é empregado como “meio de prova”, correspondendo ao modo através do qual a parte pretende evidenciar os fatos que intenta demonstrar em juízo. Outra aplicação possível do vocábulo prova no cotidiano jurídico refere-se a sua utilização como “convencimento do juiz”, em consonância com os elementos presentes nos autos do processo. Coqueijo Costa (1995, p. 324) adota explicitamente a supracitada divisão, sustentando que a prova possui dois sentidos em direito. Pelo mais amplo, representa o complexo de elementos de que um juízo pode fazer uso para alcançar o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma lide, sendo esses elementos os depoimentos pessoais, os documentos, testemunhos, perícias, indícios e presunções, que podem ser apresentados pelas partes, por iniciativa do magistrado ou por terceiros. Em sua acepção mais estrita, prova é uma porção dos elementos suprarreferidos, por meio dos quais o autor intenta convencer o julgador acerca da ocorrência dos fatos em que lastreia sua pretensão.

## 2.1 PRINCÍPIOS REGENTES

A jurisprudência e a doutrina que tratam do processo civil comum convergem na eleição dos princípios basilares concernentes à prova. Dentre eles, alguns têm origem direta na Constituição Federal, tais como o princípio do “acesso à justiça”, do “contraditório” e da “ampla defesa”, umbilicalmente ligados ao que parte da doutrina chama de “direito fundamental à prova.” Quanto aos princípios correlatos à fase instrutória do processo, é possível apontar o “princípio da identidade física do juiz”, o “princípio da imediação ou da “imediaticidade”, o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” ou da “persuasão racional do juiz” e o “princípio da aquisição da prova.”(BUENO, 2007, p. 241/243)

No âmbito processual trabalhista, a doutrina se aproxima, mas não é uníssona na identificação dos princípios probatórios. Para Mauro Schiavi (2013, p. 602/609), são princípios regentes da prova no Direito Processual do Trabalho: 1) Necessidade da Prova; 2) Contraditório e ampla defesa; 3) Licitude e probidade da prova; 4) Oralidade; 5) Aquisição processual da prova no Processo do Trabalho; 6) Livre-convencimento motivado do juiz; 7) Busca da Verdade Real; 8) Aptidão para a prova; 9) Princípio da lealdade processual e boa-fé. Carlos Henrique Bezerra Leite (2010,

p.544/560) menciona os seis primeiros princípios trazidos por Schiavi, mas, em lugar dos três últimos, ressalta como princípios probatórios o princípio da “unidade da prova”, o da “imediação” e o “*in dubio pro misero*”. Ainda é possível vislumbrar como princípios probatórios o da “igualdade de oportunidade de prova”, o da “oportunidade de prova”, o da “comunhão da prova”, o da “obrigatoriedade da prova” e o da “disponibilidade da prova”.(MARTINS, 2011, p. 316) Destes, serão pormenorizados somente os princípios da aquisição processual da prova, do livre convencimento motivado, da busca da verdade real, da aptidão da prova e do *in dubio pro misero*, por maiores ligações com o tema objeto do presente estudo.

No que concerne ao princípio da aquisição processual da prova no Processo do Trabalho, Mauro Schiavi (2013, p. 605) dispõe que, “uma vez produzida a prova no processo, ela passa a pertencer ao processo, integrando o corpo processual, independentemente da parte que a produziu.” Essa máxima está consubstanciada no art. 371 do CPC de 2015. Esse princípio materializar-se-á na concepção de que a prova produzida nos autos não poderá mais ser deles desentranhada, com ressalva para as situações específicas em que a lei autoriza essa retirada (LEITE, 2010, p. 555), tal como no art 432, parágrafo único, do CPC de 2015.

O princípio do livre-convencimento motivado do juiz também é denominado de princípio da persuasão racional, o qual faculta que o juiz firme seu convencimento, de forma livre, acerca da verossimilhança dos fatos da causa, desde que explicita as razões de sua convicção. (SCHIAVI, 2013, p. 606). A esse sistema jurídico que disciplina a posição do magistrado na aferição da prova processual se contrapõe o sistema da certeza legal. O art. 371 do Novo CPC consagra esse princípio. Na CLT, é o art. 832 que determina que deverá constar na sentença a “apreciação das provas” e os “fundamentos da decisão”.

O princípio da busca da verdade real, ainda que mais comum no processo penal, amolda-se perfeitamente ao processo trabalhista, especialmente se considerado o art. 765 da CLT. (SCHIAVI, 2013, p. 606) Complementa José Cairo Júnior (2011, p. 420) que a verdade acerca das afirmativas dos fatos, almejada no âmbito desse princípio, nem sempre é absoluta, visto que concerne, na maioria dos casos, a fatos que ocorreram no passado, que podem se deteriorar na memória de testemunhas ou em documentos coadunados aos autos. A autorização normativa expressa para que os magistrados determinem quaisquer diligências necessárias ao esclarecimento das demandas trabalhistas está em plena

consonância com o princípio da primazia da realidade, corolário do Direito do Trabalho.

O princípio da aptidão para a prova está em consonância com a tese que será discutida nesse trabalho científico, normatizada pelo Novo CPC, pois, como assevera Sérgio Pinto Martins (2011, p. 316), esse princípio corresponderá à diretriz de que “a parte que tem melhores condições de fazer a prova o fará, por ter melhor acesso a ela ou porque é inacessível à parte contrária (...) independentemente de ser autor ou ré. Torna-se, nesse íterim, substancial assinalar que não remete esse princípio à inversão do ônus da prova disciplinado pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mas trata de, sob a égide dos princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade substancial dos litigantes, atribuir o ônus probatório a quem detenha melhores condições materiais ou técnicas de produzir a prova em juízo. (SCHIAVI, 2013, p. 607)

O princípio do “*in dubio pro misero*” representa a alternativa de o magistrado, havendo dúvida razoável nos autos, interpretar a prova produzida em prol do empregado, o qual, em regra, é autor da ação trabalhista. (LEITE, 2010, p. 557) Sob esse prisma, para Coqueijo Costa (1995, p. 326), “conflitante ou dividida a prova, decide-se em favor do

empregado, por força do princípio *in dubio pro operario*”. Cumpre ressaltar que o reconhecimento da razoabilidade e da legitimidade desse princípio não é unânime na doutrina, pois parte dos juízes e operadores do direito entendem que deve preponderar no processo a igualdade entre as partes.

## 2.2 VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova apresenta-se como a avaliação da capacidade de persuasão, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo. No processo hodierno, essa valoração é realizada majoritariamente pelo magistrado, a quem poucos e singulares parâmetros valorativos são determinados pela lei. (DINAMARCO, 2009, p. 100). No que concerne a essa escassez de escalonamento valorativo probatório, assevera Coqueijo Costa (1995, p. 325) que, não tendo as leis processuais imposto uma hierarquia entre os meios de prova existentes, cada uma possui seu valor intrínseco, constatando-se que a “distinta eficácia dos meios de prova será dada por meio do contato mais ou menos imediato que provoque entre o Juiz e os meios de prova”. Sob esse ângulo, tecidas essas conclusões preliminares, o magistrado aplicará o direito à espécie, acolhendo ou rejeitando os requerimentos feitos pelas partes.

Constata-se que o art. 371 do Novo CPC guarda correspondência legislativa parcial com o art. 131 do CPC de 1973, pois, como pontua Fredie Didier (2015, p. 102) houve a retirada do termo “livremente”, presente no diploma não mais em vigor, que ensejava interpretação dúbia, podendo, se mal compreendido, dar a falsa idéia de que o magistrado estava livre para valorar a prova como lhe aprouvesse. O atual art. 371 contém o cerne do princípio da aquisição processual e não deixa dúvidas quanto à expressa adoção do princípio do livre convencimento motivado, ambos já esmiuçados em tópico anterior. Sublinhe-se que, na seara trabalhista, em que o processo possui grande carga oral, a conduta das partes no deslinde dos autos e na audiência pode influenciar, de forma significativa, a convicção do magistrado, a depender do grau de honestidade, arrogância, boa-fé, segurança ao depor e cooperação com a justiça, por exemplo.

Ainda é preciso pontuar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio do *in dubio pro operário* no processo trabalhista, sendo predominante a tese da incompatibilidade desse princípio do direito material com o direito adjetivo, devendo o magistrado trabalhista, nas hipóteses de prova dividida, decidir a lide contra quem recaiu o ônus probatório. (SCHIAVI, 2013, p. 634 e 636) Ainda que o supracitado princípio seja um corolário do direito do

trabalho, em termos processuais, notadamente com as mudanças trazidas pelo parágrafo primeiro do art. 374 do Novo CPC, sobressai a necessidade de maiores ressalvas para que não se sacrifique o direito de uma parte devido ao não esclarecimento de fato cuja obrigação de comprovar era de responsabilidade do *ex adverso*.

### **3. DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO TRABALHISTA**

A Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como a legislação processual cível pátria, deixaram para a doutrina e a jurisprudência o encargo de construir um conceito de ônus, instituto que permanece sendo mal compreendido mesmo entre muitos operadores do direito. Ônus, para Leonardo Rodrigo Xavier (2004, p. 55), difere de obrigação, visto que “trata-se de um agir fundado na liberdade da parte e não na correspectiva pretensão de outrem.” No mesmo sentido, Coqueijo Costa (1995, p. 329) sustenta que quem possui interesse na afirmação tem sobre si o ônus – não o dever – da prova, visto que o ato de provar está umbilicalmente ligado a interesses próprios, não havendo portanto, relação nem sujeição. Nessa senda, no momento da sentença, caso se depare com ausência ou incompletude de prova para demonstrar a veracidade dos fatos controvertidos, o

magistrado decidirá a causa em desfavor daquele a quem o sistema legal imputou o ônus da prova. Esta será a ideia adotada no presente trabalho.

### **3.1 INCOMPLETUDE DO ART. 818 DA CLT E APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC/73**

O Decreto-Lei 5452/1943 não pormenorizou plenamente a disciplina do ônus probante, apresentando como dispositivos esparsos que se relacionam ao tema, por exemplo, os artigos 818, 852-D e o parágrafo oitavo do artigo 896. O art. 818 consagra regra geral nos processos trabalhistas, a de que a prova das alegações recai sobre a parte que as fizer. A redação constante no art. 852-D, aplicável ao procedimento sumaríssimo, é a positivação da liberdade/dever que o julgador tem de dirigir o processo, inclusive limitando ou excluindo as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, apreciando-as na esteira do princípio do livre convencimento motivado, prestigiado pelo art. 371 do Novo CPC. O parágrafo oitavo do mencionado art. 896 trata da imputação do ônus de provar a divergência jurisprudencial alegada ao recorrente, estando em harmonia, portanto, com a máxima de que a alegação deverá ser comprovada por quem a fez.

Para o magistrado, importa o que está sendo demonstrado nos autos, sendo irrelevante quem produziu essa demonstração, tal como já tratado quando da explanação do princípio da aquisição processual da prova no Processo do Trabalho. Pontua Sérgio Pinto Martins (2011, p. 318) que a incompletude da CLT em tratar da distribuição do ônus da prova decorre do fato de ela ter como referência o CPC de 1939, que também era lacunoso quanto a esta disciplina. Na *práxis* forense, torna-se essencial reconhecer que, caso aplicado literalmente, o art. 818 da CLT causaria grandes distorções. Nesse particular, Wagner Giglio e Claudia Corrêa (2007, p. 227) acentuam que, tendo-se em vista que toda negativa contém, implicitamente, a afirmativa contrária, a repartição do *onus probandi* ficaria na pendência, de forma literal, da habilidade do redator da petição inicial e da contestação: para se eximir da carga de prova de haver sido despedido, bastaria ao autor sustentar que a cessação da relação de emprego não decorreu de acordo, pedido de demissão ou abandono de emprego.

Dado o tratamento insuficiente da CLT sobre a repartição do ônus probatório, doutrina e jurisprudência majoritária aplicavam subsidiariamente à seara trabalhista a previsão do art. 333 do CPC, tendo em vista que essa norma guarda pertinência e compatibilidade com os princípios e

ditames trabalhistas. Comunga com esse entendimento José Augusto Rodrigues Pinto (2005, p. 460), para quem, em sua base, o tratamento dispensado pelo art. 818 da CLT se assemelha ao dado pelo art. 333 do CPC, variando quanto à maior ou menor explicitação conferida à repartição do ônus probatório. O art. 818 da CLT, bem como o art. 333 do CPC de 1973, consagravam o denominado ônus estático da prova, por vezes cunhado como ônus tarifado da prova, por independe da natureza do processo e dos fatos da causa. Com o advento do CPC de 2015, positivou-se na legislação processual cível, através do parágrafo primeiro do art. 373 do referido diploma, a denominada teoria da carga dinâmica do ônus da prova, que será pormenorizada adiante. Manteve o referido dispositivo, porém, a já citada regra geral de que: cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito e ao réu provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Dada a necessidade de maior aprofundamento e esclarecimento de controvérsias sobre a temática, o Tribunal Superior do Trabalho editou enunciados sumulares que cuidam da imputação do ônus da prova em situações específicas. Exemplificam esse zelo jurisprudencial as redações das Súmulas 6, VIII; 16; 212; 254 e 338. O inciso oitavo da súmula n. 6 positiva o entendimento disciplinado pelos incisos do art. 333 do CPC de 1973, atualmente presente no art. 373

do CPC de 2015. De acordo com a redação do item I da Súmula 338, constitui ônus do empregador que possuir mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, parágrafo segundo, da CLT, acarretando a não-apresentação injustificada desses controles de frequência presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, passível de ser elidida por prova em contrário. Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 566) complementa que, no que tange ao ônus de provar as horas extraordinárias, à exceção do quanto já disciplinado por esse enunciado, a jurisprudência majoritária indica que o ônus de provar a jornada de labor alegada e delimitada na inicial é do autor da ação, visto que constitui fato constitutivo do direito às horas extras.

Acrescente-se, ainda, a relevância das Orientações Jurisprudenciais editadas pelo TST para a tutela da matéria. No que concerne ao vale-transporte, a SDI-I mantinha em vigor, até 31/05/2011, a OJ n. 215, segundo a qual “É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale transporte.” A OJ n. 233, da mesma Seção, que permanece eficaz, dispõe que “A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido que o procedimento questionado

superou aquele período.” Para Sérgio Pinto Martins (2011, p. 321), a prova oral tem de ser limitada ao tempo laborado pela testemunha em concomitância com o reclamante, cabendo ao autor evidenciar todo o período em que houve labor extraordinário. A OJ n. 301, alvo de severas críticas doutrinárias, devido à possível obrigação que seria imputada à empresa de provar fato negativo, encontra-se, desde 31/05/2011, cancelada.

Ante o exposto, constata-se que as lacunas existentes no diploma celetista para a tutela da repartição do ônus da prova impulsionaram doutrina e jurisprudência a buscar na legislação processual comum alternativas de aplicação subsidiária. Nesse panorama, o art. 333 do CPC/73 despontou como uma possibilidade de complementação. Estudando-se o referido artigo, percebe-se que houve correspondência legislativa parcial dele com o art. 373 do Novo CPC. Entretanto, quanto à redação de seus incisos, não houve mudanças estruturais. Nesse particular, preservou-se a regra geral de que recai sobre o autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e sobre o réu a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Trazendo-se exemplos da seara trabalhista, é possível citar como fatos constitutivos do direito do reclamante a existência da relação de emprego, o despedimento e o labor em feriados. Já para a

reclamada, imputa-se a prova de cumprimento integral de contrato a termo, pagamento das indenizações legais, da remuneração do feriado em dobro, como fatos extintivos; a existência de pedido de demissão, justa causa para despedimento, gozo de descanso em outro dia da semana, como fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor. (GIGLIO, 2007, 227)

Para Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 1435) “Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.”

### **3.2 POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Contemporaneamente, vigora, na *práxis* forense trabalhista, a possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (LEITE, 2010, p.569). Essa regra de distribuição

da prova, consagrada de forma pioneira pela Lei 8.078/90, apesar de não constar na CLT, tem sido continuamente usada no processo trabalhista, por com ele guardar grande pertinência, visto que, não raro, o estado de hipossuficiência do reclamante o obstaculiza de produzir provas de suas alegações fáticas em juízo, ou essa prova se mostra excessivamente onerosa, apresentando o risco de impedir a efetividade do próprio direito que se postula. (SCHIAVI, 2013, p. 621). Nesse sentido têm se manifestado jurisprudência e doutrina dominantes.

Favoráveis à aplicação dessa tese na seara trabalhista, José Cairo Júnior (2011, p. 460) e Coqueijo Costa (1995, p. 329) reportam suas teorias ao quanto previsto no art. 333, parágrafo único do CPC de 1973. José Cairo Júnior (2011, p. 460) defendia, na vigência do CPC/73, que a nulidade da convenção que distribuía de modo diverso o ônus da prova (art. 333, parágrafo único) pode ser mitigada no processo trabalhista, atribuindo-se validade a ela caso, por exemplo, demonstre-se que foi realizada após a extinção do contrato de trabalho e desde que não torne a prova excessiva para o hipossuficiente. Complementa Coqueijo Costa (1995, p. 329) que essa norma se refere a elementos probatórios de direito material, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova, mediante ajuste dos contratantes. Nessa senda, como o

parágrafo único só nulifica a inversão convencionada nas situações que traz em seus dois incisos, para o autor, será ela válida nos demais casos em que houver distribuição, de modo diferente, do ônus probatório, podendo atingir reclamante ou reclamado.

Paralelamente, acentue-se que, sendo a inversão do ônus da prova instrumento processual de facilitação da defesa dos direitos do consumidor – no caso da Justiça do Trabalho, reclamante – ele está adstrito à isonomia no processo civil, não sendo possível que dele se lance mão para que se facilite que o consumidor (ou reclamante) vença a demanda. (CABRAL, 2008, p. 420) Rodolfo Pamplona Filho e Tércio Souza (2013, p. 389) acrescentam que há quem entenda que o art. 852-D da CLT autorize expressamente a inversão do ônus da prova, podendo ser aplicado não apenas ao procedimento sumaríssimo, mas, também, ao rito ordinário. Entendem esses autores, porém, que, para que se viabilize a inversão do ônus da prova, é preciso que se identifiquem os requisitos que autorizam a sua realização de acordo com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, quais sejam: “exercício da faculdade pelo juiz, verossimilhança das alegações ou quando, no particular, evidenciada a hipossuficiência da parte em produzir a prova, segundo as regras de experiência.” (PAMPLONA FILHO E SOUZA, 2013, p. 389) É possível reconhecer na

jurisprudência do C.TST situações em que houve repartição do ônus probatório de forma divergente ao quanto previsto nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/73, mas em comunhão do quanto consagrado pelos parágrafos primeiro e segundo do art. 373 do CPC de 2015.

Quanto ao momento da inversão do ônus probatório, sustentam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2015, p. 994) que, se o juiz, antes de proferir a sentença, inverter o ônus probante, não estará, somente por essa razão, prejudgando a causa, não ensejando, essa conduta, suspeição do magistrado. Pontue-se, ainda, que o parágrafo terceiro do art. 373 do CPC/15 conservou o cerne do já citado parágrafo único do art. 333 do CPC/73, tendo havido o adendo de que as partes podem convencionar de forma expressa distribuição diversa do ônus probatório, podendo essa celebração ocorrer antes ou depois do processo, na forma do parágrafo quarto do art. 373 do Novo CPC. Atente-se ainda para o fato de que, por meio da edição das já citadas Súmulas 212, 254 e 338 o Tribunal Superior do Trabalho sinalizara, em dadas circunstâncias, ser favorável à inversão do ônus da prova através de presunções firmadas em favor do empregado<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, vide: TRT-5 - RecOrd: 00008051120105050010 BA 0000805-11.2010.5.05.0010, Relator: JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/2013. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO.

### 3.3 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Conceitualmente, a Teoria da Carga Dinâmica na Produção do Ônus da Prova representa a possibilidade que o magistrado tem de atribuir o ônus probatório à parte que apresentar condições mais favoráveis de produzi-la. Para Mauro Schiavi (2013, p. 624), a carga dinâmica do ônus da prova possui lastro nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também em critérios de justiça e razoabilidade, devendo ser aplicada como forma de efetivar o acesso a uma ordem jurídica justa. Pontue-se, ainda, que esta última teoria não se confunde com a da inversão do ônus da prova, ainda que elas guardem semelhanças. Enquanto a inversão do ônus da prova é teoria cujos pressupostos para que haja sua aplicação estão previstos na lei, a carga dinâmica dispensa o requisito da presença de verossimilhança da alegação do autor, fundando-se, precipuamente, no princípio da aptidão para a prova.

---

HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. CONTROLES DE PONTO. OMISSÃO PELO EMPREGADOR. ÔNUS DA PROVA. Disponível em < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/166001672/recurso-ordinario-record-8051120105050010-ba-0000805-1120105050010>>. Acesso em 04 dez.2015.

Configurando-se claramente como exceção à regra geral, há quem sustente que a técnica do ônus dinâmico da prova representa, no novo Código, uma hipótese de inversão do ônus probatório através de decisão judicial fundamentada, devendo, portanto, ser aplicada com cautela redobrada. Vale ressaltar, ainda, que a parte contra quem foi invertido o ônus probatório, mediante a configuração dos requisitos da carga dinâmica, está protegida pelo princípio de direitos humanos que veda que se obrigue alguém a produzir prova contra si mesmo. (NERY JÚNIOR E NERY, 2015, p. 997). Na seara trabalhista, ganha respaldo a aplicação da teoria da carga dinâmica visto que, apesar de, com frequência, ser perceptível no âmbito material a identificação de prática laboral sujeita a condições de trabalho inadequadas, não raro o empregado encontra óbices para reunir testemunhas ou constata-se impedido de produzir uma prova complexa devido à insuficiência de recursos econômicos para tanto. (PAMPLONA FILHO E SOUZA, 2013, p. 387)

Diante do exposto, percebe-se que a repartição do ônus probatório não deve ocorrer *in abstracto*, mas deve atender às peculiaridades de cada caso concreto. Ademais, com a positivação dessa teoria pelo CPC de 2015, houve o estabelecimento de parâmetros que precisam ser respeitados para que o magistrado, de forma fundamentada, reparta de

forma diversa o encargo probatório. Como pressupostos formais gerias para que possa haver a redistribuição do ônus da prova pelo juiz, Fredie Didier aponta a) decisão motivada; b) momento da redistribuição – antes do proferimento da decisão e c) proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa. Nesse particular, atente-se para o parágrafo segundo do art. 373 do Novo CPC, cuja redação é expressa no sentido de que alicerça a técnica da repartição do ônus probatório de forma dinâmica a idéia de que o encargo que seja diversamente atribuído a uma parte não seja impossível ou excessivamente difícil de ser demonstrado. Cumpridos os requisitos legais para sua aplicação, vislumbra-se a configuração da teoria dinâmica do ônus probatório como a materialização do princípio da busca da verdade real.

### **3.4 DO DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO TRABALHISTA**

A Consolidação das Leis Trabalhistas não foi exauriente na disciplina da matéria probante. Dada a incompletude do art. 818 desse diploma para nortear o regime geral de produção e distribuição das provas, ainda que não haja a omissão propriamente expressa pelo art. 769 da CLT, entende-se pela aplicação do Código de Processo Civil e pelas demais normas do Direito Processual Comum que sejam compatíveis com os

princípios trabalhistas, nos moldes do quanto indicado na segunda parte da redação desse artigo. Constata-se, assim, claramente, que a expressão utilizada pelo art. 769 da CLT para que possa se cogitar da aplicação subsidiária do direito processual comum é “nos casos omissos.” Todavia, ressalva Wagner Giglio (2007, p. 227) que, ainda que não haja propriamente a omissão preconizada pelo referido artigo da CLT no que tange ao tratamento do ônus probatório, diante da “inconveniência” do art. 818 desse diploma, a jurisprudência tem aceitado a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, o que foi materializado pelo já citado inciso oitavo da súmula n. 6. Em comunhão com essa tese, Wolney de Macedo Cordeiro defende que o modelo de aplicação da legislação processual comum apenas quando houver efetiva omissão material da norma trabalhista encontra-se defasado, e que a letargia em que o direito processual do trabalho se apresenta, em contraponto com a evolução do processo civil, demanda a revisão hermenêutica do modelo de aplicação subsidiária. (ATHAYDE CHAVES, 2007, p.27)

O artigo 15 do Novo CPC prevê que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”, não guardando correspondência legislativa com dispositivos presentes no

diploma anterior. Nelson Nery Júnior (2015, p. 232) pontua que o próprio Decreto Lei 5452/1943 dispõe, por meio do já citado art. 769, que, inexistindo regramento específico, o CPC será subsidiariamente aplicado aos processos judiciais trabalhistas, desde que com os princípios e normas dessa Especializada guarde compatibilidade. Nessa senda, discute-se se a semântica do art. 15 do Novo CPC de algum modo seria conflitante ou capaz de derogar o quanto previsto no art. 769 da CLT, por ser *novatio legis*. A favor da preponderância do quanto previsto no diploma trabalhista para esse ramo da Justiça, há a justificativa de utilização do critério da especialidade.

Sustenta-se, porém, ser aparente, não real, o conflito existente entre os suprarreferidos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/15, sendo plenamente possível a coexistência pacífica de ambos, na esteira do quanto defendido por Mauro Schiavi (MIESSA, 2015, p. 56). Para esse autor, o artigo 15 e as disposições do Novo CPC influenciarão doutrina e jurisprudência no sentido da reforma de muitas teses trabalhistas, mas são normas gerais, incapazes, portanto, de revogar os artigos 769 e 889 da CLT, que são normas especiais aplicáveis ao processo trabalhista. Como segundo argumento para sua tese, Schiavi assevera que o art. 769 da CLT fala em processo comum, não propriamente em processo

civil para acolmar as lacunas da legislação processual trabalhista. Em sentido contrário, Edilton Meireles (MIESSA, 2015, p. 53) sustenta que o processo do trabalho não é autônomo frente ao processo civil brasileiro, o que tornaria coerente e plausível que o art. 15 do Novo CPC tenha revogado o art. 769 da CLT. Consoante esse autor, haverá a aplicação subsidiária do processo cível quando houver plena ausência de norma celetista sobre o tema, incidindo a aplicação supletiva nos casos em que o diploma trabalhista dispuser sobre a matéria discutida, mas de forma incompleta. Outrossim, sustenta o autor que, quando a lei mais específica dispuser de modo a esgotar a matéria, afasta-se a hipótese de aplicação supletiva, ressaltando-se que, nos momentos em que não se está diante de uma omissão absoluta ou relativa, toda regra do CPC que visar ampliar o acesso à Justiça do Trabalho, for compatível com a celeridade processual e intentar a plenitude da efetividade das decisões judiciais será aplicável à seara trabalhista. (MIESSA, 2015, p. 41 e 47)

Independente da concepção sobre autonomia do processo do trabalho ou revogação do art. 769 da CLT que se adote, deve-se ter em mente que o objetivo primaz de uma aplicação supletiva e/ou subsidiária da legislação processual cível na Justiça do Trabalho continua sendo a busca da materialização do princípio da verdade real. Nessa seara,

defende-se que continua sendo requisito indispensável para a aplicação no processo trabalhista a compatibilidade do dispositivo – seja ele do CPC ou da legislação extravagante – com os princípios da celeridade processual, da efetividade das decisões judiciais, da duração razoável do processo e, principalmente, do já citado princípio da busca da verdade real.

#### **4. CONCLUSÃO**

É perceptível o anacronismo do tratamento processual da repartição do ônus probatório da CLT no que concerne às demandas hodiernas. Nesse contexto, as inovações previstas pelo Novo CPC figuram como uma positivação da alternativa de utilização dos institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica do ônus probatório no campo da legislação processual comum. Conforme já explicitado no decorrer desse artigo, constata-se que o C. TST editara enunciados sumulares em que expressamente consagrava a inversão do ônus da prova, mormente por meio de presunções favoráveis ao empregado, mesmo quando essa técnica era prevista apenas pelo CDC.

Outrossim, a compatibilidade dessas novas normas com os princípios e enunciados reconhecidos pela/na seara trabalhista figura como uma excelente oportunidade de atendimento da

necessária atualização do processo do trabalho, cujo principal diploma normativo há muito não sofre substanciais mudanças no campo da repartição do ônus probatório. Na esteira do quanto discutido anteriormente, sustenta-se que o art. 15 do CPC de 2015 não derogou o art. 769 da CLT, sendo vital que sejam aplicadas à Justiça Especializada apenas as normas que comunguem com os essenciais princípios de celeridade processual, razoável duração do processo, busca da verdade real e efetividade das decisões judiciais.

Defende-se, ademais, ser o processo do trabalho uma disciplina autônoma, sem que isso implique o seu afastamento da legislação extravagante e do diploma processual cível. O principal intuito da aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo do trabalho continuará sendo a materialização de um processo mais equânime, em que se priorize a materialização da verdade dos fatos, razão pela qual entende-se que o parágrafo primeiro do art. 373 do Novo CPC, conjugado com o parágrafo segundo do mesmo artigo, consagra norma plenamente aplicável às lides trabalhistas.

## REFERÊNCIAS

ATHAYDE CHAVES, Luciano. Organizador. **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5452**, DE 1º DE MAIO DE 2015. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)> Acesso em 31 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 5.869**, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> Acesso em 29 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.078**, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em 29 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em 29 out. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAIRO JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**. Volume I, 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

COQUEIJO COSTA. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIGLIO e CORRÊA, Wagner D. e Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, 8ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 32ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MESSA, Elisson. Organizador. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

NERY JÚNIOR E NERY, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAMPLONA FILHO e SOUZA, Rodolfo e Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2005.

SCHIAVI, Mauro. **Curso de direito processual do trabalho**. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, RecOrd: 00008051120105050010 BA 0000805-11.2010.5.05.0010, Relator: JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/2013. Disponível em <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/166001672/recurso-ordinario-record-8051120105050010-ba-0000805-1120105050010>>. Acesso em 04 dez. 2015.

XAVIER, Leonardo Rodrigo. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Direito processual civil avançado**, volume I, 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

---

## CAPÍTULO III

### O GRANDE ENCARCERAMENTO BRASILEIRO: POLÍTICA CRIMINAL E PRISÃO NO SÉCULO XXI

Daniel Fonseca Fernandes<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Política criminal brasileira na retomada democrática – o giro ao punitivismo no século XXI; 2.1. Ambivalências constitucionais e produção legislativa; 3. O grande encarceramento brasileiro; 3.1. Prisões sem condenação; 3.2 A cor do cárcere – aprisionamento da população negra; 3.3 Nota sobre o *estado de coisas inconstitucional* e a superpopulação carcerária; 4. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar o movimento de encarceramento no Brasil, destacando-se o contexto político-criminal brasileiro após a retomada democrática em 1988 e na virada do século XXI. Dentre as características deste processo de encarceramento, buscou-se destacar a seletividade racial, o uso de prisões sem condenação e o *estado de coisas* do sistema carcerário brasileiro. Esta pesquisa utiliza o método da documentação indireta, através das técnicas de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, tendo sido analisados relatórios e documentos estatísticos sobre o encarceramento no Brasil no período destacado. O objetivo deste artigo consiste em analisar criticamente a expansão exponencial do uso da prisão e, deste modo, instrumentalizar o pensamento crítico que não confere legitimidade ao cárcere ou ao sistema penal.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito pela UFBA. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia da UFBA. Membro do Programa Direito e Relações Raciais da UFBA. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Advogado do Patronato de Presos e Egressos da Bahia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Grande Encarceramento; Política Criminal; Prisões.

**ABSTRACT:** The present study analyses the movement of confinement in Brazil, highlighting the context of the brazilian criminal policy after the democratic opening in 1988 and the turning of XXI<sup>th</sup> century. Among the characteristics of the incarceration process, it was highlighted the racial selectivity, the use of imprisonment without conviction and the state of the prison brazilian system. This research uses the method of indirect documentation, through the techniques of bibliographic research and documentary research, analyzing reports and statistical documents on incarceration in Brazil in the highlighted period. The purpose of this article is to critically analyze the exponentially expanding the use of prison and thus instrumentalize the critical thinking that does not recognize the legitimacy of the prison or the criminal system.

**KEY WORDS:** Great Confinement; Criminal Policy; Prisons.

## 1. INTRODUÇÃO

O aumento progressivo do número de pessoas presas no Brasil, dentro de uma lógica mais ou menos globalizada de encarceramento, pode ser percebido através da análise de relatórios e estatísticas produzidos em âmbito nacional e internacional. Este estudo pretende problematizar estes dados, ressaltando a conjuntura e as características específicas do encarceramento brasileiro.

O cárcere, enquanto ferramenta violenta de punição e sonegadora da dignidade, encontra-se no centro do sistema de

controle penal formal brasileiro. Sua larga utilização contrasta com a ausência de políticas públicas compatíveis com um desenvolvimento equilibrado e inclusivo e com a necessidade de um ensino crítico em matéria penal nas Universidades, em oposição à lógica de repetição pouco reflexiva sobre teorias e fundamentos da pena e ao ideal punitivista compartilhado pelos atores do sistema penal.

O resultado da política de *segurança* desenvolvida no Brasil pode ser notado a partir dos documentos analisados: o genocídio da juventude negra e pobre do país – seja através de mortes diretas ou do encarceramento. Baseada numa insustentável guerra às drogas, tolerante com o comércio clandestino de armas de fogo e com um modelo militarizado de polícia, aliado à exclusão estrutural nas esferas social e econômica, busca-se uma visão aproximativa da letalidade do sistema.

O *giro ao punitivismo*, verificado no país a partir da retomada democrática, em 1988, não representa propriamente uma novidade em matéria de racionalidade punitiva, devendo ser visto muito mais a partir de uma noção de continuidade do que inovação em matéria de política criminal. O controle social através do sistema penal, no Brasil, sempre se deu de maneira violenta e segregadora. As heranças vivas do sistema colonial e escravista se fazem sentir nas práticas penais desde

a colonização, imprimindo como princípios norteadores destes sistemas a disponibilidade e violação dos corpos, os ideais de superioridade racial e a necessidade de impor um determinado modelo de desenvolvimento. Deste modo, desde a constituição do Brasil enquanto nação, o sistema penal tem a marca da exclusão violenta e do controle conformador.

Entretanto, a marca distintiva do período analisado no presente estudo é a expansão contínua do programa criminalizador, verificada a partir dos anos 1990, e a conseqüente expansão acelerada do encarceramento. Confirma-se a vocação histórica autoritária do controle penal brasileiro sob o manto das novas diretrizes constitucionais.

O presente estudo não busca encerrar as causas do atual estágio do encarceramento brasileiro, contudo, tem o objetivo de iluminar alguns fatores relevantes para a discussão e analisar estatísticas disponíveis, ressaltando a necessidade de enfrentamento deste modelo de política criminal através de medidas diversas que não relegitimem a prisão e o sistema penal, ampliando a rede de controle. Através do método de documentação indireta, utilizando as técnicas de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, o presente trabalho busca fortalecer a crítica que tem em vista a ampliação dos espaços de liberdade em detrimento do sistema punitivo.

## **2. POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA NA RETOMADA DEMOCRÁTICA – O GIRO AO PUNITIVISMO NO SÉCULO XXI**

O período que marca o fim da ditadura militar no Brasil, no final dos anos 1980, é caracterizado por diversas transformações sociais, políticas e econômicas em âmbito nacional e internacional. Algumas destas mudanças são fundamentais para imprimir novos rumos à política criminal brasileira e ao encarceramento.

A noção de *política criminal* aqui adotada é apontada por Nilo Batista (2011, p. 31-32) como o conjunto de princípios e recomendações que reformam ou transformam a produção de leis e os órgãos responsáveis por sua aplicação. Não se compreende a política criminal como mera conselheira da aplicação de sanções, mas como parte indissociável da política social, como projeto político em que se destacam processos de exclusão permanente e de controle social.

Durante as décadas de 1960 e 1970, verificou-se a existência de um forte processo de críticas à prisão e à punição, em especial no centro financeiro e geopolítico do mundo, onde a abolição do sistema criminal parecia ser uma meta possível (MATHIESEN, 2003, p. 80-81). Porém, entre os anos de 1975 e 1985, em especial, desenvolve-se nos Estados Unidos e no Reino Unido, sob a liderança de Ronald Reagan e

Margaret Thatcher, o projeto neoliberal, que exigia menos governo em relação às prerrogativas do capital e mais governo para mascarar suas consequências sociais nocivas decorrentes da desregulamentação dos salários e da deterioração da proteção social (WACQUANT, 2009, p. 11).

Para Wacquant, (2003, p.20) passa haver o desmonte do que ele chama de Estado caritativo (com políticas limitadas, fragmentárias e isoladas para populações vulneráveis), que não chega a se apresentar como efetivo Estado de bem-estar social. Segundo o autor (WACQUANT, 2003, p. 21), desenvolve-se um *Estado híbrido* que não é nem protetor nem intervencionista, apresentando-se como um “Estado centauro”, com “cabeça liberal sobre um corpo autoritarista”. A guerra contra a pobreza passa a ser uma guerra contra os pobres.

Segundo Salo de Carvalho (2010a, p. 15), neste período, há efetivo registro no aumento dos índices de criminalidade, contudo este fator por si só não justifica o aumento vertiginoso do encarceramento, pois o número de presos cresceu em ritmo muito mais acelerado do que o aumento do registro de crimes. Além disso, aponta o autor, não há necessária vinculação entre delitos e prisões. Conforme as conclusões de Elena Larrauri, taxas de encarceramento são construções políticas (CARVALHO, 2010a, p. 10).

Os gastos excedentes em habitação, saúde e educação e demais meios para garantir os direitos sociais passam a ser utilizados para reforçar a política de segurança. Há necessária relação de complementaridade entre políticas econômicas e políticas punitivas (ANITUA, 2008, p. 765). O Estado disciplinar atua, portanto, em duas frentes, utilizando os poucos serviços sociais como forma de vigilância e controle e fazendo uso sistemático do encarceramento para repressão (WACQUANT, 2003, p. 28).

Passa a existir, portanto, um “novo governo da miséria” (WACQUANT, 2003, p. 55), em que a prisão ocupa posição central. No campo discursivo, nota-se que o tratamento penal à pobreza, apresenta conotação moral positiva, ao passo em que as políticas sociais do *welfare* são marcadas pela imoralidade (WACQUANT, 2003, p. 87).

Note-se que a experiência de Estado de bem-estar social, se não foi amplamente vivida nos Estados Unidos, como afirma Wacquant, esteve longe de ser efetivamente vivenciada no Brasil. É fator relevante que o abandono ou mitigação desta política nos países do centro geopolítico do mundo tem efeitos determinantes nos países *marginais*, de estruturas sociais ainda mais fragilizadas. A destruição das precárias estruturas previdenciárias na periferia do neoliberalismo tem permitido forte incremento de um Estado

penal (BATISTA, 2003, p. 11). Na margem, com a nova lógica do capitalismo, a ressignificação da prisão vai adquirir potência em grau superlativo com base nos discursos da nova penologia retribucionista, legitimando a atuação genocida das agências de controle (CARVALHO, 2010a, p. 30-31). A crítica à ideia de ressocialização e a concepção da pena como justa retribuição e meio apto à prevenção voltam à cena com o fim do Estado de bem-estar social (BATISTA, 2012a, p. 108).

A política de *tolerância zero* implementada em Nova Iorque nos anos noventa torna-se o grande paradigma de como tratar a questão da criminalidade e da violência urbana. Visava-se à restauração da qualidade de vida e moralização dos comportamentos públicos através da repressão a pequenos desvios cometidos nas ruas, como a realização de grafite e a situação dos moradores de rua (WACQUANT, 2009, p. 16). O fortalecimento crescente do discurso de descontrole da criminalidade e da violência se alimentava sob a chamada teoria das janelas quebradas, que induzia a crer no progressivo estado de deterioração nos espaços urbanos e necessidade de controle rígido de qualquer comportamento desviante.

A partir de uma política policial ostensiva e violenta, a cidade de Nova Iorque apresentou queda no registro dos índices de criminalidade, nos anos 1990. Por outro lado, tem-se como condição e consequência, respectivamente, o

elevadíssimo custo (contratação de policiais, aplicação de tecnologias, etc.), desprivilegiando outros setores de investimento, e um aumento extraordinário no número de prisões, fazendo crescer de sobremaneira a população carcerária e o custoso sistema penitenciário (WACQUANT, 2009, p. 16-19).

Esta demanda incisiva por lei e ordem levou à criminalização das comunidades mais pobres e mais vulneráveis, atuando com destacada violência e arbitrariedade sobre grupos étnicos específicos – a comunidade latina e, em especial, a comunidade negra. A política de tolerância zero trouxe a sensação da segurança para uma parcela branca da sociedade às custas da violenta repressão à população negra. Este fato gerou um “semi estado de bem-estar social” e uma “organizada negação da justiça” (WACQUANT, 2009, 26-27).

Deste modo, forjou-se nos Estados Unidos um novo senso comum penal, que foi exportado para todo o mundo ocidental, tendo especial acolhida na Europa e nos países latino-americanos. Wacquant (2009, p. 19) refere-se à *globalização da tolerância zero*. As campanhas de lei e ordem reforçam o discurso dominante, reivindicando maior repressão e afirmando que não se reprime de maneira satisfatória. Este discurso introjeta-se em atores das agências penais e na população alvo da criminalização, apresentando forte efeito

multiplicador (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 63).

A chamada guerra às drogas tornou-se o eixo central nesta demanda punitiva, em especial a partir dos anos 1970/80. Nos Estados Unidos, começa-se a traçar a simbologia de inimigos internos, tendo em vista especialmente o combate ao consumo de heroína e cocaína. Esta ideologia vai ser exportada, em especial para os países latino-americanos, através de um “discurso político-jurídico transnacional” (DEL OMO, 1990, p. 69), criando a imagem de inimigos externos. Os países marginais passam a ser, de certa forma, responsabilizados pelo consumo interno nos Estados Unidos (CARVALHO, 2010b, p. 19). O ideal bélico de combate às drogas ganha novos objetivos e motivações políticas, ao passo em que toma corpo com as ditaduras civis e militares e suas ideologias de segurança nacional. Nestes países, a droga é metáfora diabólica contra a civilização cristã e o traficante o inimigo interno a ser combatido (BATISTA, 2003, p. 12).

Os países latino-americanos absorvem esta ideia, renovando seu discurso jurídico-político-belicista, reforçando um modelo genocida de segurança pública através das guerras internas (CARVALHO, 2010b, p. 20). Ganha fôlego uma campanha repressiva e extremamente violenta, que evita a reflexão sobre a complexidade social do crescimento do

comércio de substâncias ilícitas. Rosa del Omo (1990, p. 57-62) explica como as preocupações econômicas sobre o lucro do comércio de drogas ilícitas foi o eixo central do processo de internacionalização do controle das drogas, através dos sistemas penais.

No Brasil, como em outros países comandados por governos ditatoriais, há uma reformulação na concepção do inimigo interno. À evidente continuidade da criminalização e controle violentos exercidos historicamente sobre as camadas pretas e pobres da sociedade brasileira, acrescenta-se um deslocamento importante que agrava este processo: o subversivo (inimigo interno político) dá lugar ao traficante (inimigo interno político-criminal) (CARVALHO, 2010b, p. 21). Desta maneira, o controle penal mais direto deixa de ter dissidentes políticos de todas as classes como foco, centrando-se nos pequenos comerciantes de drogas ilícitas, o que força o a ação punitiva sobre a população mais pobre. Nota-se, no plano discursivo e nas políticas genocidas de segurança, uma verdadeira cruzada contra as drogas na América Latina, principalmente a partir dos anos 1980 (CARVALHO, 2010b, p. 51).

É também em fins do século XX que se inicia o processo chamado de globalização que, segundo Milton Santos (2011, p. 15), é de certa forma o ápice da

internacionalização do mundo capitalista, marcado por uma *crise estrutural*. A centralidade dada ao dinheiro, à competitividade e à tirania da informação, aliadas às novas tecnologias são os pilares deste modelo, de globalização perversa (SANTOS, 2011, p. 24).

Para Milton Santos (2011, p. 45), “vivemos num mundo de exclusões, agravadas pelas desproteção social, apanágio do modelo neoliberal, que é, também, criador de insegurança”. Superou-se o momento de mera marginalização dos pobres, em que se buscava o combate à pobreza por meios estatais, e hoje há efetiva exclusão, pois se trata de pobreza estrutural, como fruto de uma racionalidade sem razão (SANTOS, 2011, p. 57). Acrescente-se que a forma preferencial de lidar com este núcleo permanente de pobreza é a exclusão e controle através do sistema penal.

A desregulamentação dos mercados, as modificações no fluxo financeiro, o fortalecimento do capital especulativo, o contrabando de armas e as grandes estruturas do mercado criminalizado de drogas são alguns exemplos. Estes e outros fatores aliados ao desenvolvimento das desigualdades gritantes dos espaços urbanos, através de bem delineadas zonas de exclusão social e espacial, que são determinantes para legar à grande parte das pessoas uma vida de *ilegalidades* (ADORNO; SALLA, 2007, p. 10). Deve-se entender o termo

ilegalidades, em sentido amplo, no sentido de exclusão dos sistemas formais de cidadania, abarcando desde a ocupação de empregos informais, passando pela impossibilidade de contratação/obtenção de serviços essenciais, até atração de mercados ilegais como alternativa de sustento.

O tráfico de drogas ganha nova dimensão, na esteira do enfraquecimento das políticas sociais, da pressão econômica da crise dos anos 1980, com baixos níveis de crescimento econômico, da intensificação do mercado de armas de fogo e do reforço ao discurso do medo e à manutenção de estereótipos criminais. A expansão do consumo da cocaína e uma maior divisão do trabalho estimulam os jovens a ingressarem no tráfico de drogas (BATISTA, 2003, p. 93-101), oferecendo-lhes oportunidade de lucro rápido, com apoio na demanda de uma classe média e alta consumidora (BATISTA, 2003, p. 92-98). O mercado de drogas, apesar de seu varejo desorganizado e violento, cativa a mão de obra nas comunidades mais vulneráveis.

## **2.1 AMBIVALENCIAS CONSTITUCIONAIS E PRODUÇÃO LEGISLATIVA**

Este é o contexto global em que se insere o país após o fim de mais de vinte anos de ditadura militar. Verifica-se nesse período relativa estabilidade legal, ao passo em que o sistema

punitivo aderiria à ideologia da segurança nacional e a táticas militarizadas de combate ao crime político (CARVALHO, 2010a, p. 33). A Constituição da República, promulgada em 1988, representou um passo em direção ao respeito das liberdades individuais, com reflexo direto no direito penal e processual brasileiro. Aliado a isto, houve ainda em meados dos anos oitenta um movimento de alteração de algumas leis penais (como a reforma do Código penal em 1984, já no fim do regime militar), buscando alinhar, em parte, a legislação nacional às teorias desenvolvidas na Europa, com especial influência do direito penal alemão.

Contudo, ao menos dois fatores relevantes têm que ser destacados para compreender o desenvolvimento da política criminal brasileira que se seguiu a este período. A própria Constituição Federal traz em si um programa criminalizador, que impõe ao legislador a criação de determinados tipos penais e normas mais duras. O texto constitucional consagra a prisão como pena por excelência, dando margem à perpetuação de um modelo de estado punitivo, o que contraria seus fundamentos e objetivos declarados: criação de uma sociedade solidária, livre e justa (art. 3º, I), erradicação da marginalização e da pobreza, reduzindo desigualdades (art. 3º, III), promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça,

sexo, cor ou qualquer outro tipo de discriminação (art. 3º, IV) e respeito à dignidade humana (art. 1º, III).

Por outro lado, além dos direitos e garantias fundamentais, inscritas na Constituição, em especial, em seu artigo 5º, o texto constitucional também não consagra qualquer discurso legitimador da pena. Este fato, aliado aos claros limites das garantias e liberdades fundamentais, implica adoção de um modelo *agnóstico*, marcado por uma lógica de redução de danos e contenção do poder punitivo (CARVALHO, 2013, p. 259-260).

Entretanto, é lamentável que a Carta tenha trazido no mesmo artigo 5º previsões expressamente penais e graves, como inafiançabilidade e imprescritibilidade (incisos XLII, XLIII, XLIV), a consagração da própria pena de prisão como compatível a uma ordem solidária e justa, desde que em respeito à legalidade (art. 5º, XLVI, a), a manutenção do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII).

A Constituição Federal apresenta um projeto penalizador, constituindo um óbvio retrocesso civilizatório (LOPES JR., 2013, p. 191). A Constituição traz em seu corpo “indicadores penais inapropriados para um texto constitucional”, que nunca foram verdadeiramente debatidos na doutrina nacional (FRANCO, 2011, p. 133-134). Este conjunto de previsões penalizadoras já denunciava a existência

de uma disfunção social (FRANCO, 2011, p. 158), que veio a ser confirmada em pouco tempo.

Para Salo de Carvalho (2010b, p. 43-44), a Constituição Federal projetou o sistema criminalizador, apresentando-se como *constituição penal dirigente*, optando por um modelo de estado penal repressivo. Para este autor, a Constituição aprimorou o modelo beligerante da ditadura. Vera Malaguti Batista (2003, p. 134) aponta que se manteve intacta a estrutura de controle social e que após a abertura democrática a ideologia do extermínio é muito mais massiva e está mais introjetada do que no período ditatorial.

É neste contexto em que se encontra o Brasil no momento histórico de sua abertura política: influência dos movimentos internacionais de lei e ordem, guerra às drogas, aceleração dos efeitos da globalização em função da própria democratização e promulgação de uma nova Constituição que adota um programa criminalizador e exige do legislador ordinário a criação de nova categoria para os tipos penais – os chamados crimes hediondos.

Tudo isso é determinante para o entendimento da produção legislativa criminal e o uso das prisões no Brasil, a partir da década de 1990. Dentre a vasta produção legislativa de conteúdo criminalizador ou de endurecimento dos institutos processuais, pode-se destacar: a instituição da prisão temporária (convertida na lei nº 7.960/1989), decorrente da pressão dos delegados de polícia, criação da lei de crimes

hediondos (lei nº. 8.072/1990), crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (lei nº. 8.137/1990), crime de tortura (lei nº. 9.455/1995), crimes contra o meio ambiente (lei nº. 9.605/1998), crime de lavagem de dinheiro (lei nº. 9.613/1998), etc. Observa Salo de Carvalho (2010a, p. 33):

A atividade legislativa da década de 90 no Brasil, potencializada em parte pelo conjunto de normas constitucionais programáticas, ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas. Paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve substancial alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sendo o resultado desta experiência a dilatação do *input* e o estreitamento do *output* do sistema, com reflexos diretos no número de pessoas processadas e presas (provisória ou definitivamente).

O segundo ponto a ser observado é a sofisticação dos sistemas financeiros, informacionais e de circulação de mercadorias, trazidos com a globalização, o estado das técnicas (SANTOS, 2011, p. 15) e paralelo a isso o início da tutela dos chamados bens coletivos e difusos, como o meio ambiente. Estes novos fatores, verificados em todo o mundo, são também determinantes para a ampliação de um sistema criminalizador que está inserido na lógica penal punitiva e crente das funções de prevenção geral da pena. O sistema punitivo é relegitimado e apontado como caminho viável de

solução de novos problemas. Neste contexto, é necessário não perder de vista a expansão e sofisticação do mercado de drogas ilícitas.

A promulgação da lei de crimes hediondos é um marco deste processo legislativo. Atentando-se à necessidade de abertura da caixa preta da produção de leis (CAPPI, 2013, p. 122), para melhor compreender os procedimentos de criminalização, é importante observar que a lei de crimes hediondos apresenta-se como uma lei *sobrelegitimada* – há um excesso de legitimidade em sua criação que pode neutralizar interesses sociais em sua avaliação posterior – e se coloca como legislação auto-referente, ou seja, assume um papel de referência simbólica dentro do sistema penal (PAIVA, 2009, p. 132). Legitimação aqui não significa racionalidade e coerência discursiva, devendo ser entendida a partir da resposta ao clamor público e da vontade política em produzir determinada lei. Neste sentido, a sobrelegitimação contraria os interesses de pesquisas e análises de dados que revelem seus efeitos ou sua desnecessidade (PAIVA, 2009, p. 132).

Nota-se que há realtivo distanciamento da esquerda de sua posição tradicional, de combate às opressões no que se refere ao sistema criminal. A crítica a este tipo de postura punitiva de setores da esquerda é feita por Maria Lúcia Karam, que ataca duramente a *esquerda punitiva*, que defende a

punição como solução para problemas sociais. Karam afirma ainda que parece ter havido um “esquecimento” de que a pena é a manifestação de poder e que o combate crítico deve recair sobre os desvios estruturais que alimentam os desvios pessoais, com soluções pacíficas, não através da “falsa e fácil solução penal” (KARAM, 1996, p. 85). Corroborar com o sistema punitivo é pretender uma paz classista e excludente, relegando ao segundo plano medidas de longo prazo de melhoria da qualidade de vida e democratização de oportunidades (KARAM, 1996, p. 87).

O que interessa sobre a promulgação da lei de crimes hediondos é que não houve discussão do mérito ou ponderação sobre o conteúdo normativo entre os parlamentares, sendo bastante apressada a aprovação da lei, sob expressa pressão midiática e desejo de “satisfazer a opinião pública”, ao tempo em que se revela a existência de um projeto hegemônico de lei e ordem (PAIVA, 2009, p. 132).

Salo de Carvalho (2010a, p. 257-258) aponta como certa patologia das reformas penais ocorridas nos últimos anos nos países ocidentais a falta de estudo prévio dos efeitos da legislação penal, verificando-se total ausência de controlabilidade e planejamento. Além disso, afirma que as reformas punitivas ocorrem a partir de dois eixos centrais: projetos para responder casos emergenciais, como a lei de

crimes hediondos, ou projetos baseados em sistemas idealizados por notáveis, como a lei de juizados especiais. Constata o autor que a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o populismo e o idealismo punitivo. Também é necessário destacar o papel do Judiciário nos caminhos da política criminal, podendo ser tomado como exemplo o prazo de mais de 15 anos que o Supremo Tribunal Federal levou para declarar inconstitucional o dispositivo da lei de crimes hediondos que previa cumprimento de pena em regime integralmente fechado (CARVALHO, 2015, p. 632).

O neoliberalismo e suas demandas por lei e ordem, tolerância zero e a redução dos programas sociais, a globalização, com as mudanças da técnica e sua crise estrutural marcada pela exclusão, o programa criminalizador da Constituição Federal e sua aceitação acrítica e a produção legislativa penal brasileira, a partir dos anos 90, em atendimento aos clamores punitivistas, traçam o quadro da política criminal brasileira na transição para o século XXI. Nota-se a conjugação de fatores mais ou menos globais e processos internos específicos da conjuntura nacional. Tudo isso sinaliza que o contexto é favorável à expansão do programa legislativo penalizador e ao aumento da repressão, especialmente em relação às comunidades mais vulneráveis, sendo decisivo no processo histórico de genocídio da

juventude negra. É a partir deste contexto punitivo que se pretende refletir sobre as estatísticas criminais no Brasil, a partir do século XXI.

É essencial ainda ressaltar que contemporaneamente persiste no Brasil, e em certa medida na América Latina, a violação sistemática dos direitos humanos pelas agências do sistema penal, apesar dos governos ditos de esquerda (CARVALHO, 2014b, p. 135) ou mais próximos de pautas progressistas. Dito de maneira mais adequada – evitando enfrentar a complexidade plural da realidade política latino-americana – Sozzo (2016, p. 14) classifica de “pós-neoliberais” os governos surgidos em contraposição aos governos marcadamente neoliberais dos anos 1990 e marcados por alianças improváveis com partidos distantes de pautas progressistas.

Os governos do Partido dos Trabalhadores, através de coalizões de centro-esquerda (AZEVEDO; CIFALI, 2016, p. 34) apesar de terem avançado em projetos de caráter progressista a respeito do sistema penal (como na Secretaria de Políticas sobre Drogas), mantiveram uma política criminal com alto grau de encarceramento e assassinato. Na análise de Salo de Carvalho (2014b, p. 139), o *gerencialismo* em matéria penal busca construir um discurso a partir de “parâmetros de razoabilidade”. Esta característica destes governos latino-

americanos, para o autor, legitima a violência penal a partir de discursos aparentemente redutores de danos, sem produzir qualquer ruptura com o aparato punitivo. Neste sentido, os governos “pós-neoliberais”, em nome da *governabilidade* não provocaram rupturas significativas em matéria penal, incorporando grande parte das práticas violentas e excludentes históricas no continente. É ainda mais preocupante o retorno ao modelo neoliberal que tem se apresentado no Brasil e em outros países do continente, como a Argentina, colocando em risco os avanços precários obtidos, reforçando o discurso bélico moralizante e conservador<sup>2</sup>.

### 3. O GRANDE ENCARCERAMENTO BRASILEIRO

Antes de analisar propriamente os números do encarceramento brasileiro, é preciso observar que o sistema penal não atua de maneira unívoca e formalizada. É imprescindível destacar a existência de *sistemas penais subterrâneos* (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 53), que consistem nos espaços em que “todas as agências executivas exercem um poder punitivo

---

<sup>2</sup> <http://www.revistaforum.com.br/2016/06/07/na-contramao-do-mundo-ministro-de-temer-quer-mais-punicao-com-drogas-senao-vai-consumir-mais/>. Acesso em 11 jul. 2016; [http://www.clarin.com/politica/Gobierno-cambia-enfoque-combate-drogas\\_0\\_1557444657.html](http://www.clarin.com/politica/Gobierno-cambia-enfoque-combate-drogas_0_1557444657.html). Acesso em 20 abr. 2016.

paralelo, independentemente das linhas institucionais programadas” e que se enquadram nas definições de crime feitas pela criminalização primária. Nestes espaços, à margem da legalidade, as agências do sistema penal exercem a grande força de seu poder conformador. Os números do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015 (FORUM, 2015) revelam que mais de três mil pessoas foram mortas pelas polícias brasileiras em 2014 (aproximadamente uma pessoa a cada três horas), ao passo em que cerca de quatrocentos policiais também foram vitimados. É nos sistemas penais subterrâneos que o genocídio pode ser visto de maneira mais explícita e o controle sobre as populações vulneráveis é feito de maneira mais violenta.

Entretanto, o cárcere segue ocupando posição central no sistema formal de controle e seus números são muito significativos, revelando a potência crescente de uma política criminal hostil e excludente, marcada, sobretudo, pela seletividade e pela negação de direitos a parcelas mais vulneráveis da população. Com Salo de Carvalho (2014b, p. 143), “nas duas pontas do sistema de justiça criminal (atuação da polícia e execução da pena), é a juventude negra que sofre com a seletividade genocida das agências punitivas brasileiras”. Há mais continuidade do que oposição entre sistemas penais subterrâneos e formais.

É preciso ainda ressaltar a grande dificuldade em se realizar uma pesquisa estatística em matéria criminal. Algumas razões permitem compreender estes entraves, como a existência das chamadas *cifras ocultas*, ou seja, casos que seriam passíveis de submissão ao controle do sistema penal, mas que lhe escapam, por sua inevitável seletividade. A ausência de mecanismos com metodologia unificada e o baixo investimento na produção estatística, que diminui o grau de precisão das informações, além da falta de colaboração de diversos estados, também se apresentam como obstáculos a serem superados.

Salo de Carvalho (2014a) afirma que os números apresentados no Brasil são falsos, pois se baseiam em um retrato estático. São dados fechados em um determinado dia. Assim, geralmente não se tem a noção do número de pessoas que circula no cárcere durante o ano, a população encarcerada dinâmica. É importante antecipar, que o mais recente relatório divulgado pelo Ministério da Justiça apresenta o fluxo de entrada e saída de pessoas no sistema carcerário no primeiro semestre de 2014, dando uma noção aproximada do problema.

A proposta deste artigo é realizar uma análise quantitativa do encarceramento brasileiro, sem se negar a apontar variáveis qualitativas de destaque, buscando compreender melhor o atual estágio do sistema prisional.

Foram analisados os relatórios estatísticos do Ministério da Justiça (2000 a 2012), o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2014, do Ministério da Justiça, o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil (2014) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e as listas sobre população encarcerada do International Centre for Prison Studies (ICPS) (2013, 2014).

Desde o fim do século XX e início do século XXI, o Brasil tem passado por um aumento progressivo e contínuo do encarceramento, assistindo ao crescimento rápido de sua população prisional. Os dados fornecidos pelos relatórios do Ministério da Justiça fornecidos até 2012 (Tabela 1) e no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, referentes a 2014 (Figuras 1 e 2), confirmam esta tendência.

**Tabela 1 – População carcerária brasileira - 2000/2012**

Ano	Total de presos	Presos sem condenação			Percentual sem condenação
		No sistema	Em delegacia	Total	
<b>2000</b>	232.755	50.560	30.215	80.775	34,7%
<b>2001</b>	233.859	53.820	24.617	78.437	33,5%
<b>2002</b>	239.345	50.251	29.984	80.235	33,5%
<b>2003</b>	308.304	67.549	68.101	135.650	44,0%
<b>2004</b>	336.358	86.766	73.648	160.414	47,7%
<b>2005</b>	361.402	102.116	64.483	166.599	46,0%
<b>2006</b>	401.236	112.138	61.656	173.794	43,3%
<b>2007</b>	422.590	127.562	56.014	183.576	43,4%
<b>2008</b>	451.429	138.939	57.731	196.670	43,5%
<b>2009</b>	473.626	152.612	56.514	209.126	44,1%
<b>2010</b>	496.251	164.683	50.546	215.229	43,4%
<b>2011</b>	514.582	173.818	43.328	217.146	42,1%
<b>2012</b>	548.003	195.036	34.290	229.326	41,8%

Fonte: Ministério da Justiça – Infopen Estatística

**Figura 1 – Evolução das pessoas privadas de liberdade**

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

**Figura 2 – Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014**

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Apesar das mudanças metodológicas realizadas entre os relatórios fornecidos até 2012 e o levantamento referente ao ano de 2014, ambos pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Penitenciário Nacional (Depen), é possível perceber a continuidade na expansão do encarceramento brasileiro, que em números absolutos apresenta aumento de 575% nas últimas duas décadas e meia. Nota-se o crescimento contínuo da taxa de aprisionamento (pessoas presas/100.000 habitantes). Em 2008, esta taxa era de 238,10, segundo dados do próprio Ministério da Justiça, sendo registrada no valor de 299,7 em 2014.

É interessante observar também os números referentes à entrada e saída no sistema prisional. O novo levantamento do Ministério da Justiça (2014, p. 46) dá conta que 155.821 pessoas entraram e 118.282 pessoas saíram do sistema carcerário apenas no primeiro semestre de 2014, o que permite ter uma noção mais próxima da amplitude e do controle penal e da centralidade da prisão neste processo. Acrescente-se a isto o fato do novo sistema de medidas cautelares ter tornado cada vez mais excepcional a restituição pura e simples da liberdade.

Também merece destaque duas informações trazidas no Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, divulgado pelo CNJ em 2014. A primeira é uma estimativa das pessoas

presas em regime de prisão domiciliar, sendo registrados 147.937 casos. Este dado é muito importante para analisar o sistema de controle que tem a prisão como centro gravitacional, apesar de não se tratar de custódia em instituição carcerária. A segunda refere-se ao número dos mandados de prisão não cumprido (373.991), demonstrando o êxito do potencial punitivo encarcerador no país apesar da má estrutura dos mecanismos judiciais e policiais.

O atual estágio da política de encarceramento está inserido em uma lógica mais ou menos globalizada, mas apresenta peculiaridades se analisado comparativamente. O Brasil já se encontra entre os quatro países que mais mantém pessoas presas, conforme se percebe da tabela elaborada pelo Ministério da Justiça, utilizando dados próprios e dados das listas de população encarcerada do International Centre for Prisons Studies (ICPS) (Figura 3).

Através de uma análise das taxas de aprisionamento com os outros países com maior população carcerária – Estados Unidos, China e Rússia – no período referente aos últimos seis anos (Figura 4), e com diversos outros Estados (Figura 5), pode-se notar que a política criminal brasileira mantém ritmo acelerado. Muitos países apresentam diminuição ou baixo aumento percentual do número de pessoas presas, apesar dos elevados números absolutos. É

possível perceber que o encarceramento brasileiro, apesar de influenciado por fatores de ordem internacional (ou global), como política de guerra às drogas e campanhas de lei e ordem, apresenta situação ainda mais grave, encontrando-se em franca expansão.

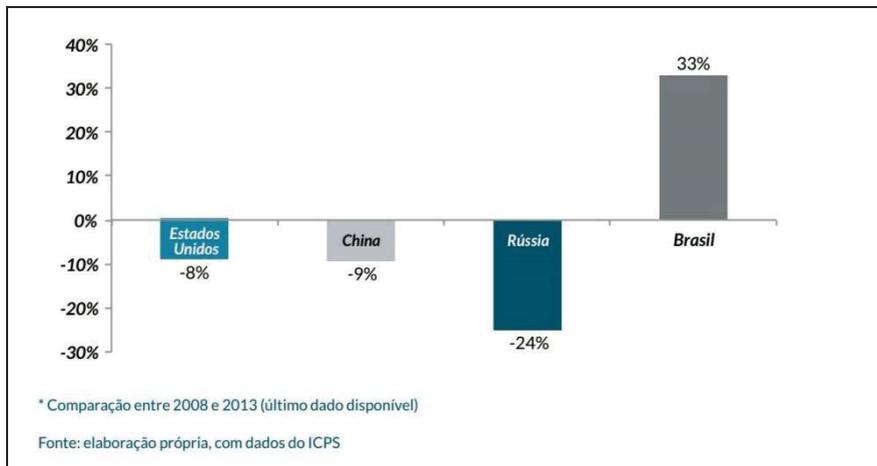
**Figura 3 – Vinte países com maior população prisional do mundo**

<b>País</b>	<b>População prisional</b>	<b>Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes</b>	<b>Taxa de ocupação</b>	<b>Taxa de presos sem condenação</b>
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	53,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polónia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte: elaboração própria com dados do ICPS, último dado disponível para cada país?

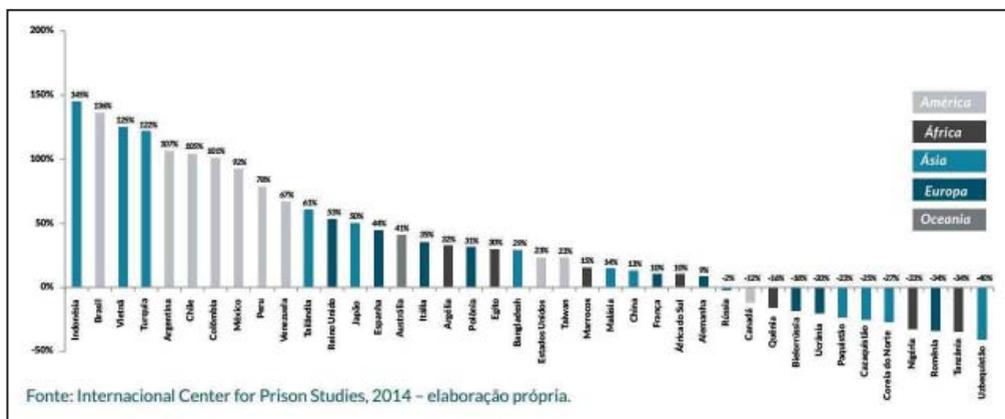
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

**Figura 4 – Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos quatro países com maior população carcerária e 2014**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

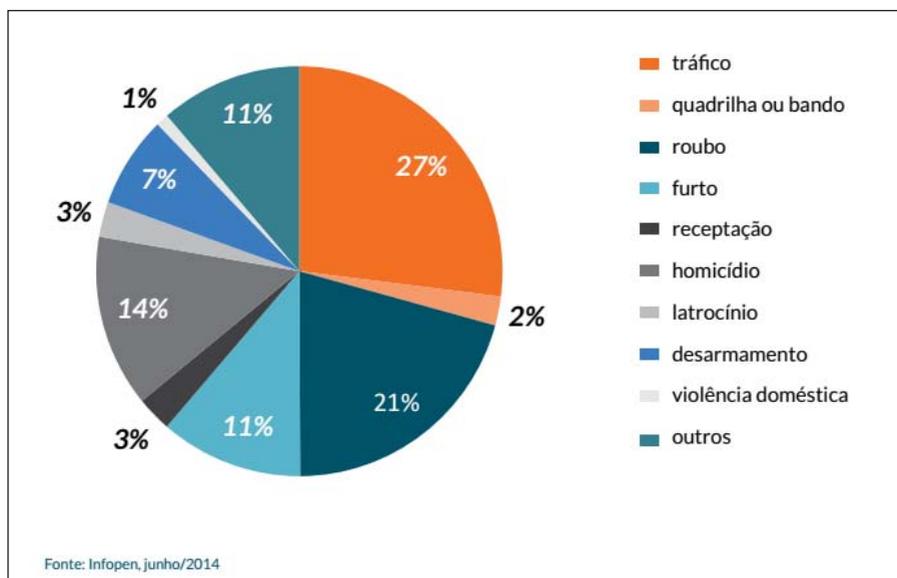
**Figura 5 – Variação da taxa de aprisionamento –  
1995 a 2010**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

É importante perceber nos dados analisados a relevância da guerra às drogas na política de encarceramento no Brasil. A internacionalização do discurso moral e as preocupações econômicas a respeito do comércio de drogas ilegais faz do combate ao tráfico o carro chefe da política criminal brasileira, ao lado do combate aos delitos de rua contra o patrimônio, conforme se vê na Figura 6.

**Figura 6 – Crimes registrados entre as pessoas privadas de liberdade**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Feita a ressalva metodológica de que a uma mesma pessoa pode ser atribuída a prática de mais de um delito, os números revelam que a guerra às drogas são o principal combustível do encarceramento brasileiro. Se analisados os números de crimes atribuídos por gênero, em separado, pode-se perceber que 68% das mulheres presas respondem ou já

respondeu por crimes de tráfico de drogas<sup>3</sup>. Se somados aos crimes patrimoniais de furto e roubo, nota-se que o combate às drogas e a proteção à propriedade é responsável por quase 60% do encarceramento no Brasil.

Há diversos pontos a serem aprofundados na análise do grande encarceramento brasileiro. Contudo, diante dos limites deste trabalho, serão indicados alguns pontos especialmente problemáticos em relação a três diferentes questões: as prisões sem condenação, a composição racial da população carcerária e o *estado de coisas* do sistema prisional.

### 3.1 PRISÕES SEM CONDENAÇÃO

O crescimento do número de pessoas presas sem condenação merece atenção especial, uma vez que representam grande parte da população encarcerada no país. Some-se a isto o fato destes indivíduos estarem submetidos a situações carcerárias mais gravosas, encontrando-se em situação de privação de liberdade piores do que os presos do regime fechado, seja pela longa duração de tempo dentro das celas e restrição de serviços no cárcere, seja pela falta de expectativa mensurável de tempo.

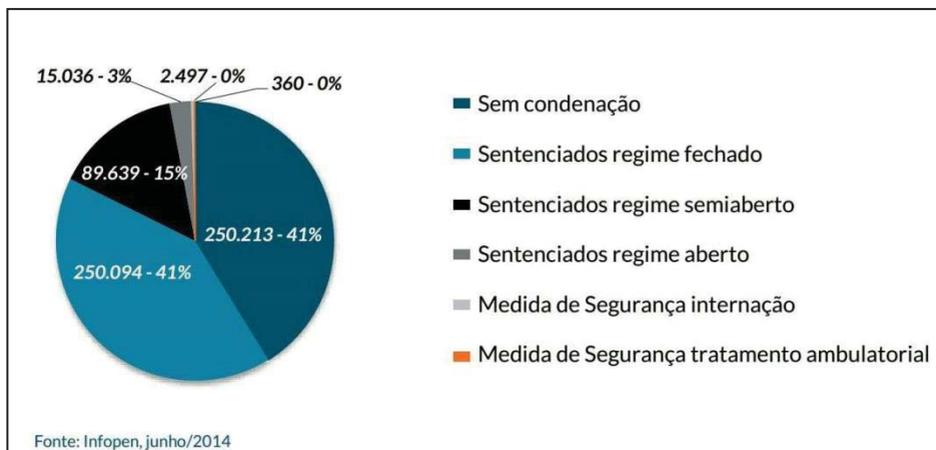
---

<sup>3</sup> Neste sentido ver o relatório do Infopen sobre o encarceramento feminino: <https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>.

Percebe-se, através da análise da Tabela 1 e da Figura 3, que é praticamente constante o crescimento do número absoluto de presos sem condenação criminal, com pequena variação. Estes dados reforçam a ideia de que o uso da prisão sem condenação, com todas as suas problemáticas autoritárias e violentas, é sistemático e em grande escala. Através da Figura 7, pode-se perceber que em 2014, o número de presos sem condenação ultrapassou os duzentos e cinquenta mil, confirmando a tendência de crescimento do número absoluto.

Note-se, contudo, que entre 2004 e 2012, há um declínio lento e gradual no percentual de pessoas submetidas à prisão sem condenação (Tabela 1). É significativa a redução do percentual – quase 6% de decréscimo em um período de nove anos marcado por um encarceramento exponencial. Esta tendência também pode ser confirmada na Figura 7, onde se vê que em 2014 registrou-se 41% de pessoas presas não condenadas, menor percentual desde 2002.

**Figura 7 – Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Esta diminuição percentual dos presos sem condenação está ligada à redução significativa do número de pessoas custodiadas em Delegacias de Polícia e Secretarias de Segurança. Nos dados referentes ao ano 2014 (Figura 2), registra-se a confirmação da tendência de declínio verificada entre 2004 e 2012 (Tabela 1), sendo registrado o número mais baixo desde 2001 – 27.950 pessoas. Este fato é muito relevante e pode indicar um descolamento dos velhos hábitos da ditadura, onde carceragens das delegacias, dos DOI-CODIs, das DOPS e as Casas da Morte eram verdadeiros centros de terror, tortura e violência. Em que pese ainda sejam constantes

as denúncias de abusos e prática de tortura nas delegacias, estes dados podem representar um avanço democrático importante, no sentido de reduzir o arbítrio do sistema punitivo e redução dos danos à saúde das pessoas presas, em razão da total inaptidão das carceragens para abrigar seres humanos.

Diversas podem ser as causas da redução do número de pessoas presas em delegacias, mas a explicação deste fenômeno exige um estudo mais aprofundado e específico sobre a situação. Entretanto, a título de provocação, pode-se imaginar como fatores que induziram esta redução: o aumento no número de estabelecimentos prisionais, a construção de penitenciárias federais, o fortalecimento das Defensorias Públicas, a implantação de Núcleos de Prisão em Flagrante (como ocorre na Bahia desde 2013), a atuação do CNJ, etc. A implementação das Audiências de Custódia por praticamente todas as Unidades da Federação, durante o ano de 2015, pode fazer com que os números sejam ainda mais reduzidos.

Analisando os dados do ICPS (2014) que têm como base anos diferentes para cada país, variando entre 2011 e 2014, observa-se duas características marcantes dos países latino-americanos. A primeira é que muitos destes apresentam elevados percentuais de presos sem condenação, sendo explícita sua utilização enquanto *atalho do poder punitivo*.

Dentre estes países pode-se destacar as taxas de presos sem condenação de Bolívia (83%), Paraguai (72,5%), Uruguai (67,1%), Venezuela (66,8%), Peru (54,2%) e Argentina (50,3%). Chama atenção na análise destes dados é que nos Estados latino-americanos há muito pouco constrangimento em se permitir que os indivíduos estejam jogados à própria sorte, às violências das prisões, sem sequer terem sido julgados. A carência de um sistema público de defesa eficiente e adequado, o predomínio de uma mentalidade punitivista e a política de combate às drogas são fatores que colaboram com a expansão das prisões sem condenação.

Para uma melhor compreensão acerca do encarceramento sem condenação, faz-se necessária uma análise mais detalhada acerca das normas processuais que instituem as cautelares e de sua aplicação no âmbito do Judiciário. Os resultados certamente são complexos e exigem maior aprofundamento da discussão<sup>4</sup>.

### **3.2 A COR DO CÁRCERE – APRISIONAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA**

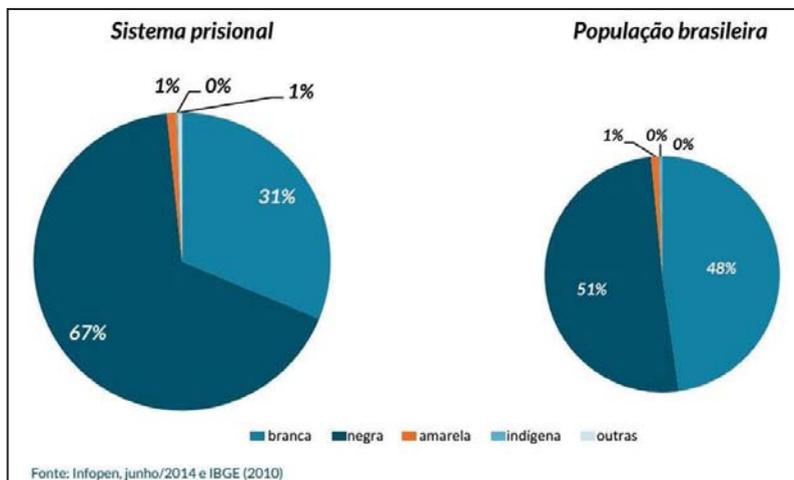
Outro aspecto marcante dos dados sobre encarceramento no Brasil é a classificação das pessoas presas

---

<sup>4</sup> O tema pôde ser trabalhado de maneira mais detalhada em: FERNANDES, Daniel Fonseca. **Abolicionismo penal e prisões sem condenação**. 2014. 117 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

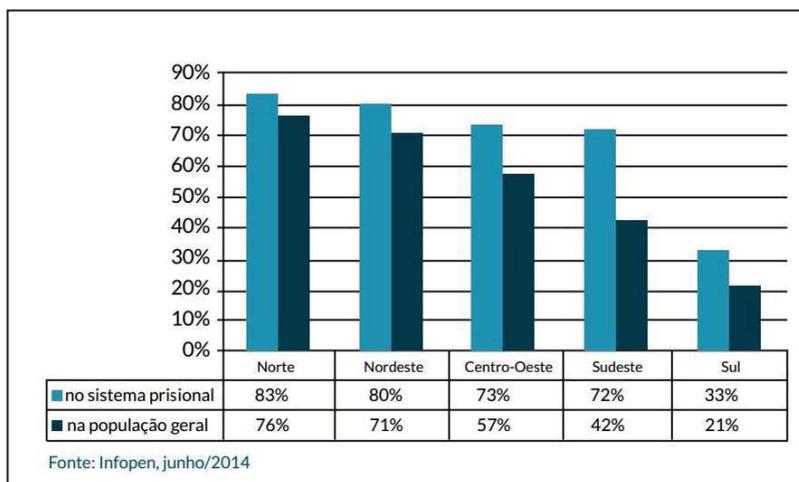
segundo o critério de raça. O levantamento realizado pelo Ministério da Justiça, referente ao ano de 2014, obteve informações a respeito da raça de apenas 45% dos presos no Brasil, sendo constatadas ausência de informações que certamente modificariam o resultado final, a exemplo de São Paulo, que, segundo o mesmo relatório, conta com 219.053 pessoas presas, mais de 35% da população carcerária nacional. No entanto, é possível ter um resultado aproximado da população no interior das prisões brasileiras.

**Figura 8 – População no sistema prisional e raça**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

**Figura 9 – Sobrerrepresentação do negro no sistema prisional por regiões**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Adotando a categoria *negro*, incluindo pretos e pardos, conclui-se que dois terços da população encarcerada brasileira é negra, conforme se vê na Figura 8. Nota-se ainda que, segundo o mesmo relatório do Ministério da Justiça, em todas as regiões da Federação há sobrerrepresentação do negro na população prisional. Ou seja, a proporção de pessoas negras encarceradas é sempre maior do que a proporção de pessoas negras na população da região, conforme se constata na Figura 9.

Considero acertada a classificação do Ministério da Justiça da inclusão de pretos e pardos sob a categoria *negro*,

especialmente quando se trata de analisar os processos de encarceramento e criminalização, que ocorrem a partir da inclusão do indivíduo em determinado *estereótipo criminoso*. No Brasil, é forte a herança escravocrata, racista e eugenista do positivismo criminológico, sendo o encarceramento uma das causas mais marcantes do genocídio do povo negro, em especial dos jovens. Deste modo, é necessário reconhecer o racismo enquanto variável central do processo criminalizador e orientadora das práticas policiais.

### **3.3 NOTA SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A SUPERPOLUÇÃO CARCERÁRIA**

O quadro de grande encarceramento verificado na política criminal brasileira tem contribuído para manutenção de estabelecimentos penais em condições completamente inadequadas, em franco desrespeito a qualquer noção de dignidade das pessoas.

Observe-se que é histórica a ausência de condições mínimas de existência nas prisões brasileiras. Portanto, este também não é um problema novo com o qual nos deparamos a partir da abertura democrática, no final do século XX. A peculiaridade do período fica por conta do uso crescente e acelerado do cárcere.

Entre agosto e setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou as medidas cautelares requeridas na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347, proposta em maio do mesmo ano pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). No julgamento, todos os Ministros reconheceram que há um *estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro*, acatando a fundamentação utilizada pelo proponente da ação com base em julgamento da Corte Constitucional da Colômbia.

Conforme a petição apresentada, este estado de coisas inconstitucional envolve a “violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades”<sup>5</sup>. O reconhecimento deste *estado de coisas inconstitucional* pelo Judiciário pode ter uma força simbólica importante, no sentido de retirar as autoridades públicas do “estado de letargia”, nas palavras do Ministro Relator:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual<sup>6</sup>.

Apesar da análise realista e coerente realizada pelos Ministros na fundamentação dos votos, pode-se dizer que o resultado do julgamento das medidas cautelares foi defensivo, não acatando os principais pedidos que seriam dirigidos aos magistrados e que dificultariam a entrada e facilitariam a saída de pessoas no cárcere.

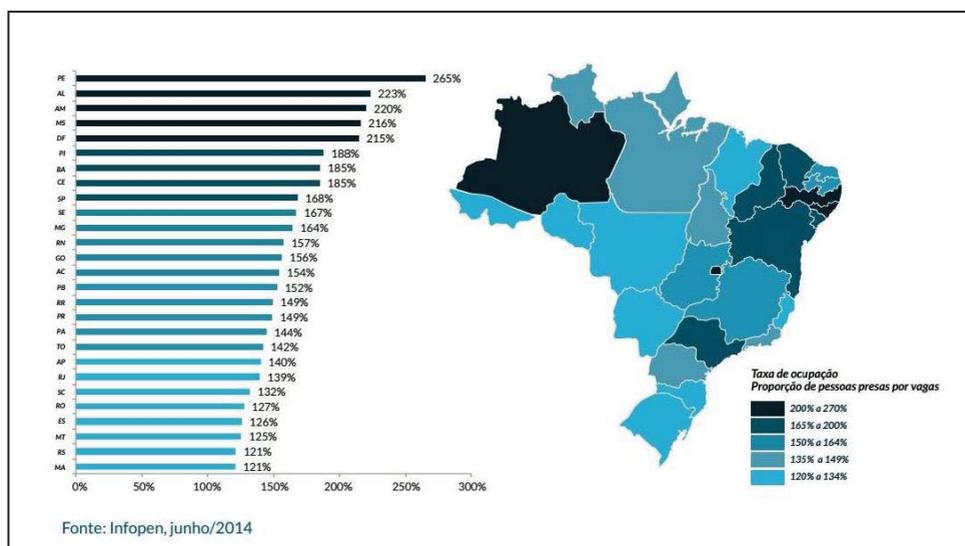
Nos dados do Ministério da Justiça referentes a 2014, é possível ter um indicativo em números da gravidade do sistema prisional brasileiro. O índice de ocupação das unidades prisionais é uma realidade grave em todo o país, presente em todos os estados da Federação, conforme Figura 10. A superlotação é fator que agrava todos os prejuízos que o cárcere traz para o indivíduo e revela como os Poderes

---

<sup>6</sup> Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_4PAIFC5RIA](https://www.youtube.com/watch?v=_4PAIFC5RIA). Acesso em: 14 nov. 2015.

Executivo e Judiciário têm tratado a questão prisional, permitindo que as prisões brasileiras sejam amontoados de pessoas submetidas a condições extremas e indignas.

**Figura 10 – Taxa de ocupação do sistema prisional**



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

A taxa de ocupação nacional chegou a 161%. Esta situação contribui para agravar a precariedade da saúde, higiene e segurança das pessoas presas. As situações de risco à saúde e à vida das pessoas encarceradas são potencializadas pelo descaso do poder público. Os índices de mortalidade no sistema prisional revelam a gravidade da situação.

As taxas de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014, apesar da falta de informação de estados importantes, como Rio de Janeiro e São Paulo, são significativas. Para cada cem mil pessoas presas, no Brasil, em média 167,5 foram mortas dentro no sistema penal no primeiro semestre de 2014, ao passo em que na população em geral verificou-se índice de 26,6 mortes intencionais a cada cem mil pessoas.

Trabalhar com a categoria do *estado inconstitucional de coisas* pode ser importante para caracterizar a violação frequente e massificada do grande encarceramento brasileiro, que desrespeita os direitos fundamentais de pessoas criminalizadas e presas, através da ação de uma política criminal punitivista e inconsequente.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise dos números referentes ao encarceramento brasileiro na transição dos séculos XX e XXI revela o uso crescente e ininterrupto da prisão enquanto modelo de resposta a conflito sociais, com a marca da exclusão permanente e violenta das práticas penais.

É essencial que as reformas processuais implementadas no Brasil sejam acompanhadas de perto, para que se possa ter uma noção mais segura do seu impacto para a

política criminal, avaliando seus custos sociais, humanos e econômicos. Outros países passaram por reformas que possibilitam a constante observação empírica por especialistas, buscando mapear os efeitos das mudanças legislativas e proporcionar seu aprimoramento, como é o caso do Chile.

A preocupação com as normas penais e processuais penais deve ser colocada em prática para além do punitivismo e seus lucros políticos imediatos. O acompanhamento permanente dos impactos das alterações legislativas tanto na política criminal, de maneira mais ampla, quanto em relação ao sistema prisional, apresenta-se como uma necessidade urgente para conter os efeitos do encarceramento. O exemplo privilegiado da lei de crimes hediondos traduz bem as consequências caóticas e a falta de medidas que a ausência de acompanhamento produz.

Apresenta-se como uma possibilidade interessante a criação de mecanismos legais que estabeleçam a necessidade de estudos prévios e acompanhamento do impacto político-criminal das leis penais e processuais penais, devendo ser apresentados os possíveis efeitos econômicos, possibilidade orçamentária e objetivos<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, é a proposta de Salo de Carvalho (2008) de uma lei de responsabilidade político-criminal.

Os dados a respeito do sistema penal e prisional precisam ser transformados em informação e conhecimento, para que possam delinear caminhos e avaliações mais precisas das políticas públicas adotadas. Os aumentos da tecnologia e da quantidade de informações permitem que seja assumido um “discurso de transparência”<sup>8</sup> sem provocar mudanças nas regras e práticas do governo.

As taxas de encarceramento, encaradas sempre como uma consequência da política criminal adotada, devem servir à construção de modelos de responsabilização do Estado e à construção e renovação do conhecimento crítico. A modificação gradual dos modelos de punição que vitimam as mulheres é um exemplo significativo a respeito da necessidade de manter de forma constante o pensamento crítico. O modelo essencialmente doméstico e posteriormente *medicalizado* de punição passa a coexistir com um encarceramento feminino massivo, com forte influência do mercado de drogas ilícitas.

Os dados a respeito do encarceramento brasileiro, portanto, servem à reconstrução permanente do pensamento crítico, reforçando a ruptura com os discursos legitimadores e noções de *penas humanizadas*. As prisões em atacado revelam a faceta genocida do sistema penal através das prisões, que

---

<sup>8</sup> Expressão adotada por Renato Sérgio de Lima (2008).

tem a criminalização e controle dos pobres e o racismo como variáveis centrais.

Deste modo, o desafio posto consiste na apropriação crítica dos dados referentes ao encarceramento, para que se possa tencionar uma mudança radical na política criminal e carcerária no Brasil, através de uma tripla frente de disputa: a implementação de medidas redutoras de danos em relação às pessoas que se encontram presas, a construção de mecanismo de planejamento e responsabilização dos poderes públicos em decorrência de alterações normativas em matéria penal e processual penal e o fomento a respostas não penais que tenham como real objetivo a resolução ou mitigação de conflitos, que não tenham a prisão como referencial e não relegitem o sistema punitivo que se pretende superar.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 21, n. 61, p. 7-29, 2007. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10264/11894>>.

Acesso em: 16 out. 2014.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil

durante los gobiernos Lula y Dilma (2003 – 2014). Cambios y continuidades. In.: SOZZO, Máximo (Comp.). **Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur**. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPPI, Ricardo. “Maneiras de pensar” o controle social e a justiça penal. Uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioria penal. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (Org.). **Prisões e punições: no Brasil contemporâneo**. Salvador: EDUFBA, 2013, p. 120-142.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/2006. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a contribuição do poder judiciário. In: **Juventude negra brasileira: homicídio e encarceramento**, em 05 nov. 2014a. Disponível em:

<<http://www.youtube.com/watch?v=kXDJZyfNsbM&list=UUTKceQBthsUpwYUcQfd4W8g>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. O “gerencialismo gauche” e a crítica criminológica que não teme dizer seu nome. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 1, p. 125-155, jan/jun. 2014b. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/648/205>>. Acesso em 01 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 193, dez. 2008.

\_\_\_\_\_. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, junho de 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2014.

DAVIS, Angela. **Are prisons obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública Brasileira 2015**. São Paulo, 2015, 156 p. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuari\\_o\\_2015-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuari_o_2015-retificado.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES (ICPS). **World pre-trial/remand imprisonment list**. 2. ed. 2014. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/world\\_pre-trial\\_imprisonment\\_list\\_2nd\\_edition\\_1.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/world_pre-trial_imprisonment_list_2nd_edition_1.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **World prison population list**. 10. ed. 2013. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wpppl\\_10.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wpppl_10.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

LIMA, Renato Sérgio de. A produção da opacidade, estatísticas criminais e segurança pública no Brasil. **Novos Estudos**, n. 80, p. 65-69, mar. 2008. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/40/20080622\\_04\\_Renato\\_p64a69.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/40/20080622_04_Renato_p64a69.pdf)>. Acesso em 10 nov. 2015.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? **Verve**. São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512>>. Acesso em: 16 out. 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de informações**

**penitenciárias – Infopen – junho 2014.** Brasília, 2015.  
Disponível em:  
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas.** Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização** – do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción. In.: SOZZO, Máximo (Comp.). **Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur.** Buenos Aires: CLACSO, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Prisons of poverty.** Expanded edition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres.** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



---

**CAPÍTULO IV**

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO  
CONTEMPORÂNEO:  
LEGITIMIDADE, CONTROLE E EFICIÊNCIA DA  
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA**

**Clóvis Mendes Leite Reimão dos Reis\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Aspectos propedêuticos: o processo administrativo à luz da teoria geral do processo e do direito administrativo contemporâneo; 2.1. Aspectos conceituais; 2.2. Aspectos históricos; 3. A realidade jurídico-social brasileira e a necessidade de processualização da atividade administrativa; 4. As principais funções democráticas do processo administrativo; 4.1. A legitimação da atividade administrativa; 4.2. O controle da atividade administrativa; 4.3. A eficiência da atividade administrativa; 5. Conclusão; Referências

**RESUMO:** O presente trabalho visa identificar o processo administrativo enquanto um instrumento democrático necessário para uma formação mais legítima, controlável e eficiente da atividade administrativa brasileira. Para tanto, foi realizado um estudo teórico da doutrina, legislação e jurisprudência nacionais e estrangeiras sobre os temas do ato administrativo e do processo administrativo. A presente pesquisa científica utilizou os métodos hermenêutico e histórico-comparativo, visando a interpretação sistemática do

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduando em Direito Público e em Direito Processual Civil. Membro do grupo de pesquisa: “Fundamentos para uma Nova Teoria do Direito Administrativo” da Faculdade de Direito da UFBA. Técnico administrativo do Ministério Público do Estado da Bahia.

conceito e a evolução histórica do ato e do processo administrativo no direito nacional e internacional. Posteriormente, a presente pesquisa contextualizou o processo administrativo na realidade social e jurídica brasileira. Por fim, destacou as principais funções democráticas desse instituto: a legitimidade, controle e eficiência da atividade administrativa nacional em prol de um Estado Democrático e Social de Direito.

**PALAVRAS CHAVES:** processo administrativo; legitimidade; controle; eficiência; atividade administrativa brasileira;

**ABSTRACT:** This study aims to identify the administrative process as a necessary democratic instrument for a more legitimate, controllable and efficient construction of the Brazilian administrative activity. To this purpose, a theoretical study of the national and international doctrine, legislation and jurisprudence on the topics of the administrative act and the administrative process. This scientific research used the hermeneutic and historical-comparative methods, aiming the systematic interpretation of the concept and historical evolution of the administrative act and the administrative process both in national and international law. Subsequently, this research contextualized the administrative process in the Brazilian social and legal reality. Finally, pointed out the main democratic functions of this institute: the legitimacy, control and efficiency of the national administrative activity on behalf of a Democratic and Social State of Law.

**KEYWORDS:** administrative process; legitimacy; control; efficiency; Brazilian administrative activity;

## 1. INTRODUÇÃO

O propósito dessa pesquisa é investigar a possibilidade

de reconhecimento do processo administrativo enquanto um instrumento democrático necessário para uma atividade administrativa brasileira mais legítima, controlável e eficiente.

Conforme esse desiderato, utiliza-se os métodos hermenêutico e histórico-comparativo para a realização desse trabalho. Destaca-se, inicialmente, os aspectos conceituais e históricos do nosso objeto de pesquisa.

Posteriormente, contextualiza-se o processo administrativo diante da realidade jurídica e social brasileira e demonstra-se a necessidade democrática desse instituto na concretização dos direitos fundamentais e na construção de um Estado Democrático de Direito.

Nessa trilha de raciocínio, foram destacadas as principais funções democráticas do nosso objeto de estudo, a saber: a legitimação, o controle e a eficiência da atividade administrativa.

Por fim, com o resultado encontrado nessa pesquisa, objetiva-se uma atualização teórica do Direito Administrativo Brasileiro e uma conscientização dos gestores públicos nacionais sobre a necessidade de processualização da atividade administrativa como instrumento democrático para uma atuação mais legítima, eficiente e controlável em prol de um Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

## **2. ASPECTOS PROPEDÊUTICOS: O PROCESSO ADMINISTRATIVO À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

### **2.1. ASPECTOS CONCEITUAIS**

O processo, à luz da sua Teoria Geral, consiste no procedimento informado pelo contraditório que gera uma relação jurídica entre sujeitos processuais e legitima o exercício do poder estatal.<sup>1</sup>

Nesse sentido, enquanto um instrumento de atuação do poder estatal que permite a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>2</sup>, o processo deve estar presente em todas as funções do Estado (jurisdicional, legislativa e administrativa).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> O conceito apresentado é uma síntese da teoria da relação jurídica de Oskar von Bülow e da teoria do procedimento informado pelo contraditório de Elio FAZZALARI. Segundo Fredie Didier, essa é a concepção adotada pela maioria dos países democráticos. Cf. BÜLOW, Oskar von. Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. São Paulo: Ed. Lzn, 2ª ed, 2005, p. 45; FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Bookseller, 2006. p. IX, 3-5; DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual e processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2012. p. 23 e 68.

<sup>2</sup> DIDIER, Fredie. Op.cit, p.68 e ss.

<sup>3</sup> Esse é o entendimento de PONTES DE MIRANDA, no qual o processo visa atingir a prestação jurisdicional, administrativa ou legislativa do Estado.

Esse entendimento é denominado pela doutrina nacional e internacional como “processualidade ampla”.<sup>4</sup> O processo administrativo, assim, é uma das espécies do gênero “processo” que lida diretamente com a função administrativa do Estado.<sup>5</sup>

Dentre as diversas concepções doutrinárias, entendemos o processo administrativo em uma acepção ampla, é dizer, uma sequência concatenada de atos preparatórios de uma decisão final da Administração Pública.<sup>6</sup> Esse é um conceito genérico capaz de abarcar todos os tipos de processos administrativos.<sup>7</sup>

---

Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Bookseller, t. 1, 1998. p. 113.

<sup>4</sup> Segundo Odete Medauar, doutrinadores do porte de Francesco Carnelutti, Elio Fazallari, Adolfo Merkl, Feliciano Benvenuti, Guy Isaac, Alberto Xavier, Hector Jorge Escola, Mario Nigro e Giorgio Berti defendem essa ideia. Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito administrativo* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 1 -22. ;

<sup>5</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Op.cit*, p.41; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 396.

<sup>6</sup> Segundo o jurista português Vasco Pereira da Silva, o processo seria um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, pois facilita a participação dos cidadãos. Cf. SILVA, Vasco Manuel Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998. p. 306.

<sup>7</sup> Seguimos aqui a lição clássica aristotélica para elaborar qualquer definição: “*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*”, é dizer, determina-se o “gênero próximo” a que o objeto definido pertence, e depois assinalam-se as suas especificidades. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Coord. da trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 236.

Isso significa que a atividade da Administração é, sobretudo, uma atividade processual, pois os atos administrativos, em regra<sup>8</sup>, são produtos de um processo administrativo prévio.<sup>9</sup> Desse modo, o ato administrativo não pode ser considerado de modo isolado, concreto e final<sup>10</sup>, ele não deve surgir em um “passe de mágica”<sup>11</sup> à luz da discricionariedade/ liberdade do gestor público<sup>12</sup>. Ele deve perpassar por um *iter* democrático que lhe garanta maior legitimidade, controle e eficiência, a saber: o processo

---

<sup>8</sup> A exceção a essa regra seriam: os atos administrativos instantâneos ou urgentíssimos (extinção de incêndio, prevenção de desabamento iminente, v.g), mecânicos (multa de trânsito pelo radar, v.g) ou admitidos em lei com sua autoexecutoriedade (rebocar um veículo, apreender mercadorias vencidas, interditar um estabelecimento, v.g). Todavia, até mesmo nesses casos o processo administrativo existe (mesmo que *a posteriori*). A processualização, assim, tem de ocorrer, pois o cidadão deve ter o direito democrático de defender-se, de recorrer, de contestar as decisões administrativas.

<sup>9</sup> Cf. CRETELLA JR, Prática do Processo Administrativo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

<sup>10</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 335-337.

<sup>11</sup> A expressão é de SUNFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. RDP 84/65, 1987, p.65

<sup>12</sup> A discricionariedade não significa propriamente uma liberdade para o gestor, mas sim uma avaliação racional criteriosa pautada no interesse público qualitativo em cada caso concreto. Só existe essa suposta “liberdade”, se após toda a processualização da vontade do gestor, ainda restarem duas ou mais soluções igualmente tendentes ao interesse público qualitativo. Cf DAVI, Kaline Ferreira. A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabriis LT, 2008. p. 78-84 e 123-162.

administrativo.<sup>13</sup> Toda a atuação administrativa, portanto, deve respeitar um devido processo legal.<sup>14</sup>

É, nesse contexto, que a doutrina administrativista contemporânea elenca o fenômeno chamado de processualização da atividade administrativa, visando representar a crescente transferência da dinâmica da atividade administrativa para o meio processual. Antes de agir, portanto, o gestor público processualiza sua vontade.

Destarte, antes de começarmos à análise do fenômeno da processualização da atividade administrativa em si, temos que compreender as origens do instituto. Ou seja, abordaremos a transição de paradigma<sup>15</sup> do Direito Administrativo do ato administrativo para o processo administrativo.

## 2.2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Desde o final do século XIX, o edifício teórico do direito administrativo construiu-se sobre a categoria do ato administrativo.<sup>16</sup> Ele foi seu conceito-chave que resumia e

---

<sup>13</sup> BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 243-250.

<sup>14</sup> O que varia, em cada caso, é a complexidade do procedimento, de acordo com o grau de participação do administrado e o momento destinado ao exercício da sua defesa.

<sup>15</sup> Utiliza-se o vocábulo na acepção consagrada por Thomas KHUN, in *A Estrutura das revoluções científicas*. 8. ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.

<sup>16</sup> BATISTA, Op.cit, p228-229; MEDAUAR, Odete. *Administração pública: do ato ao processo*. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo

condessava todas as especificidades dessa seara do direito e consistia no meio de exercício do poder administrativo.<sup>17</sup>

A doutrina elenca os principais motivos para o ato administrativo ter sido considerado “o” paradigma do direito administrativo tradicional, a saber:

a) Influência da teoria dos atos jurídicos do Direito Civil<sup>18</sup> fez com que a doutrina administrativista se voltasse, *prima facie*, unicamente para o estudo do momento decisório final da Administração (ato administrativo), e não para o percurso de formação dessa decisão (processo administrativo)<sup>19</sup>; b) A tripartição das funções estatais denotou que cada poder deveria ter uma forma específica de exercer sua função. Assim, o Judiciário agia através da sentença, o Legislativo pela lei e o Executivo pelo ato administrativo<sup>20</sup>; c) A relevância para o controle jurisdicional da Administração Pública, pois a resolução final da Administração é

---

Horizonte, a. 9, n. 100, p. 167, 2009.

<sup>17</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1998, Colecção Teses. p. 63-66.

<sup>18</sup> O ato administrativo era conceituado como a manifestação da autoridade administrativa que reconhece, modifica ou extingue direitos e impõe obrigações. É uma adaptação do conceito de ato jurídico no Direito Civil. Vide: MEDAUAR, 2009, p.168.

<sup>19</sup> O Direito administrativo nasceu numa situação de dependência em relação do Direito Civil. Vide: ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 334-335.

<sup>20</sup> MEDAUAR, 2009, p.167-168

materializada em um ato, e esse é o objeto de impugnação apresentado aos juízes e d) Era a principal forma de atuação de um Estado Liberal que exteriorizava sua vontade de modo autoritário<sup>21</sup> e unilateral<sup>22</sup> sem a participação efetiva dos cidadãos.<sup>23</sup>

Com a mudança do próprio papel do Estado e seu modo de relacionamento com a sociedade, todavia, o Direito Administrativo teve de adaptar seus institutos e conceitos basilares. Assim, no século XX, com a substituição do Estado liberal pelo *Welfare State*<sup>24</sup> e deste pelo Estado pós-social ou

---

<sup>21</sup> O Estado Liberal, embora tenha como base a limitação do poder (sobretudo com a separação dos poderes de Locke e Montesquieu e a submissão do governante à lei com o Estado de Direito) e institucionalização um Estado mínimo ou absentista (*État Gendarme*), continuou com o resquício do *ancien régime* de impor suas decisões unilaterais sem considerar a participação popular. Era autoritário, pois, nesse sentido. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado social ao estado liberal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42-44.

<sup>22</sup> A decisão unilateral é considerada como figura típica do direito administrativo em todo o mundo. Vide: RIVERO, Jean. Trad. José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96.

<sup>23</sup> Sobre o tema, CALMON DE PASSOS já advertia que quando o poder político diz o direito autoritariamente, eliminando as garantias dos cidadãos, estes se tornam súditos e aquele em instrumento de dominação. PASSOS, José Joaquim Calmon de. O processo administrativo na Constituição de 1988. *Ensaio e Artigos*. Salvador: JusPodivm, v. 1, p. 554-555, 2014

<sup>24</sup> Dalmo Dallari sintetiza as principais causas dessa transição, a saber: a) Revolução industrial e a proletarização e urbanização da sociedade; b) Primeira Guerra Mundial e a necessidade de maior controle social; c) A crise econômica de 1929 e a grande Depressão e as políticas interventivas como o *New Deal*; d) Segunda Guerra Mundial e o aumento do controle estatal, como o keynesianismo e e) As crises cíclicas do liberalismo; Vide:

regulador<sup>25</sup>, as condições político-jurídicas que levaram o ato administrativo ao centro da dogmática administrativa desapareceram e esse instituto entrou em crise.<sup>26</sup>

Basta percebermos que a Administração Pública a) deixaria de ser mera executora liberal da lei e adquiriu inúmeras novas funções, tais como a prestação, o planejamento, a direção e a regulação<sup>27</sup>; b) tendeu a ser menos imperial, buscando soluções mediante acordo, consenso e participação dos cidadãos<sup>28</sup> e c) buscou produzir atos em massa para satisfazer grande quantidade de interesses e necessidades públicas.<sup>29</sup>

Nesse Estado multifuncional, assim, novos institutos

---

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 187-191.

<sup>25</sup> A chamada crise do Estado de bem-estar social ocorreu, sobretudo, pelos seguintes motivos: crise financeira do Estado (que com os crescentes gastos sociais e a crise econômica mundial entrou em déficit); aumento exacerbado da máquina estatal que gerou sua burocratização; enfraquecimento da sua base filosófica cunhada na solidariedade social; crise de legitimidade das atuações públicas e influência da globalização neoliberal. Vide: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Da regulação como função do direito administrativo. 159 p. il. Dissertação de Mestrado pela Faculdade de Direito da USP, 2007. p. 39-54.

<sup>26</sup> SILVA, op.cit, p.71

<sup>27</sup> As novas demandas sociais implicaram não apenas em uma maior intervenção do Estado, mas também requereu novas estratégias de ação por parte dos entes políticos. Vide: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-67.

<sup>28</sup> MEDAUAR, 2009, p.170

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, op. Cit, p.335-336

foram desenvolvidos (v.g, contratualização, a consensualização, a processualização e o uso das formas de direito privado) e o ato administrativo deixou de ser “a” instituição por excelência do Direito Administrativo.<sup>30</sup>

Destarte, existe uma tendência contemporânea de deslocar o foco do Direito administrativo do ato administrativo para o seu modo de formação, é dizer, para o processo administrativo que o antecede.<sup>31</sup> Isso já foi percebido, sobretudo, pelas doutrinas italiana e alemã.<sup>32</sup>

Sob esse influxo, a doutrina brasileira contemporânea já qualifica o processo administrativo enquanto a) um instrumento democrático fundamental para a legitimação, controle, eficiência da atividade administrativa<sup>33</sup> e b) requisito de validade de toda a atividade administrativa.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> BATISTA, Op.cit, p.232.

<sup>31</sup> MEDAUAR, 1993, p.167

<sup>32</sup> A doutrina italiana capitaneada por Mario Nigro destaca o processo administrativo em seu sentido amplo como o formador de toda a atividade administrativa. A doutrina alemã, por sua vez, norteadas por Peter Haberle e Helmut Goerlich destacam o processo administrativo como um instrumento de concretização e de garantia dos direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos de participação. Vide: SILVA, 1998, p.144, 332 e 344

<sup>33</sup> BATISTA, op.cit, p.243-260; JUSTEN FILHO, p.360 e ss.; MEDAUAR, 1993, p.61-69; DALLARI, op. Cit, p.25-26;; CRETELLA JR, op.cit, p.53-56; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 452.

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p.360-362; MEDAUAR, Odete, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A processualização do Direito Administrativo. In:

Foi assim que, gradativamente, o processo administrativo deixou de ser o “patinho feio”<sup>35</sup> do Direito Administrativo para se tornar um de seus principais paradigmas atuais, um verdadeiro “sol” a iluminar os caminhos de uma atividade democrática. O “giro copernicano”<sup>36</sup> do direito administrativo contemporâneo, portanto, foi do ato ao processo e isso já começa a ser percebido na realidade jurídica e social brasileira.

### **3. A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA**

Com relação a nossa realidade jurídica, o processo administrativo, enquanto um caminho democrático prévio para a atuação administrativa, é um tema extremamente recente no Direito Brasileiro.

---

MARRARA, Thiago (Org.), *Direito Administrativo: Transformações e Tendências* (Org.), São Paulo: Almedina, 2014, p. 289.

<sup>35</sup> A expressão é do professor Celso Castro em uma de suas aulas sobre Processo Administrativo na UFBA. Utilizo aqui essa expressão para designar um longo período de desprezo da doutrina administrativa pelo processo administrativo.

<sup>36</sup> A expressão é de Egon Bockmann Moreira. Vide: MOREIRA, Egon Bockman. O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004. p. 178-186.

Nosso ordenamento jurídico<sup>37</sup> e nossa jurisprudência<sup>38</sup> somente concedeu maior destaque ao processo administrativo em si a partir da década de 90 (noventa). Isso ocorreu, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988 ter consagrado o princípio do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos (art.5º, LV da CRFB/88) e da edição da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99).

No aspecto doutrinário, embora os estudos sobre o tema tenham se iniciado desde 1938 com o pioneirismo de

---

<sup>37</sup> A partir da década de noventa ocorreu um *boom* legislativo sobre o processo administrativo brasileiro, a saber: tivemos o processo administrativo disciplinar delineado na Lei 8.112/90; processo licitatório pelas balizas gerais (Lei 8.666/93) e especiais (Leis nº 8987/95, 9472/97, 10520/02 e 11079/04); imposição de sanções de polícia ou títulos jurídicos especiais (art.71 Lei 9605/98, arts. 280 a 290, Lei 9503/97; art.78 a 88, Lei 8666/93 e arts.48 a 83 da Lei 12.529/11;); elaboração de normas por agências reguladoras (art.42 Lei 9472/97; art.19 Lei 9478/97), autorização de atividades sujeitas ao controle estatal (art.136 Lei 9472/97), outorga de uso de bens públicos (art.8º Lei 9984/00 e arts. 7º a 10, Lei 9636/98) ou de exploração de atividades (art.12, I 13, 28 a 49 Lei 9636/98); desfazimento de contratos administrativos (art. 49 e 59 Lei 8666/93). Temos ainda, os processos administrativos de acesso a informações públicas (Lei 12527/11), apuração de suficiência de desempenho (art.3º, IV, Lei 9962/00), atribuição, modificação ou extinção de situação jurídica, vantagens ou direitos (art.5º a 7º Lei 9790/99 e as Leis Estaduais, sobretudo, de SP (Lei 10.117/98); PE (Lei 11.781/00); GO (Lei 13.800/01); MG (Lei 14.184/02); RN (LC 303/05); RJ (Lei 5.427/09); MA (8.959/09) e BA (Lei 12.209/11)

<sup>38</sup> Na jurisprudência destacam-se os seguintes julgados e súmulas: Brasil. STJ

j.13.03.1990, rel. Min. Carlos M. Velloso; Brasil; TRF-4ª Reg., j.23.09.1993, rel. Juiz Doria Furquim; Súmulas Vinculantes nº 03, 05, 14 e 21; Súmulas nº 19, 20, 21 e 673 do STF e Súmulas nº 312, 373, 467 do STJ que visam, em seu conjunto, assegurar o direito de defesa do cidadão, através do contraditório e ampla defesa, corroborando, assim, com a noção de processo defendida aqui nessa pesquisa (procedimento em contraditório).

Themístocles BRANDÃO<sup>39</sup>, a processualização da atividade administrativa é uma tendência doutrinária muito recente e de grande debate na dogmática-administrativa nacional.<sup>40</sup>

Assim, não podemos negar que ainda são gastas muitas folhas de papel com um estudo tradicional do ato administrativo (isolado, concreto e final). Basta percebermos que, em regra, nos Manuais e Cursos de Direito Administrativo Brasileiros, por exemplo, são dedicados enormes capítulos ao ato administrativo (conceito, elementos, atributos, classificação, extinção, etc.), relegando ao processo administrativo uma síntese superficial e de poucas páginas. Tal fato, a nosso ver, é o reflexo de séculos de uma Administração Brasileira autoritária e arbitrária (baseada no ato e não no processo), desde a Monarquia até a Ditadura Militar, sobre os doutrinadores nacionais.

O fenômeno da processualização e sua importância para um Estado Democrático de Direito, todavia, já começam a ser ventiladas pela doutrina nacional, sobretudo, por Odete MEDAUAR; José CRETILLA JR.; Carlos Ari SUNFELD;

---

<sup>39</sup> Esse autor foi o primeiro a propor um anteprojeto de código do processo administrativo brasileiro, visando evitar arbitrariedades nas atividades administrativas. Vide: CAVALCANTI, Themístocles. A codificação do processo administrativo, 1940, p.99-112

<sup>40</sup> Segundo a doutrina administrativa contemporânea, a processualização é uma das novas tendências de uma Administração Pública Democrática. Vide a seguinte obra coletiva: MARRARA, Thiago (Org.), *Direito administrativo: transformações e tendências* (org.). São Paulo: Almedina, 2014.

Egon Bockmann MOREIRA; Patrícia BATISTA; Marçal JUSTEN FILHO; Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO; Kaline Ferreira DAVI; Adilson DALLARI e Sérgio FERRAZ.<sup>41</sup>

Nesse diapasão, no Direito Brasileiro, o processo administrativo, gradativamente, tem deixado de ser o “patinho feio” para tornar-se instrumento democrático fundamental.

Por sua vez, a realidade social brasileira demonstra a necessidade dessa processualização. Basta percebermos que vivenciamos na *terrae brasilis* diversos hiatos sociais<sup>42</sup> que demandam, por um lado, uma intensificação da atividade administrativa na concretização dos direitos fundamentais e, por outro, uma processualização dessa atividade em prol da construção de um Estado Democrático (e Social) de Direito.

A atividade administrativa põe a Constituição “em

---

<sup>41</sup> Vide: SUNFELD, 1987; MEDAUAR; 1993 e 2009; MOREIRA NETO, 1998; DALLARI e FERRAZ; 2001; BATISTA, 2003; MOREIRA; 2004 e 2010; CRETELLA JR; 2008; DAVI, 2008; e JUSTEN FILHO; 2013.

<sup>42</sup> Somos, v.g, o 11º país mais desigual do mundo, o 8º com maior índice de analfabetismo; possuímos uma massa de cerca de 10 milhões de desempregados e mais de 12 milhões de brasileiros em situação de pobreza extrema, para os quais os objetivos e direitos sociais preconizados na nossa Constituição (Arts.3º; 6º a 11, sobretudo) não passam de um “faz de conta” ou uma “anedota de mal gosto”. Vide: PNUD. Relatório do Desenvolvimento Humano 2014. Sustentar o progresso humano: Reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. New York, 2014. p. 15 e ss. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 5 de maio de 2015.

movimento”<sup>43</sup>, pois de nada adianta a Constituição proclamar que todos têm direito à educação e saúde, v.g, se a Administração Pública não agir para possibilitar a construção de escolas e hospitais; a contratação de professores e médicos e a compra de meios materiais para seu efetivo funcionamento. Sem a atividade administrativa, portanto, os direitos fundamentais nunca passarão de meras proclamações de papel.<sup>44</sup>

Ocorre que essa atividade administrativa brasileira não pode ser baseada no paradigma do ato administrativo (unilateral e arbitrário). O gestor público não pode agir de forma livre (“fiz, porque quis”<sup>45</sup> ou porque o “interesse público abstrato assim o exigiu”<sup>46</sup>), sem a participação popular e com base na sua vontade pessoal<sup>47</sup>. Afinal ele não é o Rei-

---

<sup>43</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

<sup>44</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Coimbra, 2007. p. 29-30

<sup>45</sup> Utilizo a expressão atribuída à Jânio Quadros em que ele num conto escreveu “fi-lo, porque qui-lo”.

<sup>46</sup> Frase utilizada por diversos políticos e gestores para justificar abstratamente seus atos. Ocorre que, na contemporaneidade, sobre um único tema existem vários “interesses públicos” e eles não podem ser avaliados abstratamente, mas casuística e qualitativamente direcionados à dignidade da pessoa humana. Vide: JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999. p. 115-136.

Sol<sup>48</sup>, e o Estado democrático de Direito, não é o seu Palácio de Versailles.

Ele deve, ao contrário, visar ao interesse público qualitativo no caso concreto<sup>49</sup>, buscando, antes de emitir um ato administrativo, seguir um caminho democrático prévio que lhe permita maior eficiência, legitimidade e controle, e esse *iter* é o processo administrativo.<sup>50</sup>

O agente público brasileiro não pode, *v.g.*, a) contratar quem ele quiser para uma determinada obra, serviço, compra, alienação, concessão, permissão ou locação, sem um procedimento licitatório prévio (Leis nº 8.666/99, 8.987/95, 9.472/98, 10.520/02 e 11.079/04)<sup>51</sup>; b) punir um servidor público federal por inimizades ou outros motivos pessoais,

---

<sup>47</sup> DAVI, 2008, p.78-84 e 123-162.

<sup>48</sup> O Rei Luis XIV, o Rei-Sol, e sua célebre frase: “L’État c’est moi” que significa “O Estado sou eu” simboliza todo o poder e absolutismo do monarca que confundia sua pessoa com o próprio Estado.

<sup>49</sup> Adota-se o entendimento de JUSTEN FILHO de que o interesse público não representa necessariamente o interesse do Estado, do seu aparato administrativo, da maioria ou totalidade da população ou da sociedade como um todo. Esses são apenas aspectos quantitativos. Entendemos que o interesse público deve ser caracterizado qualitativamente em cada caso concreto e vinculado ao respeito dos direitos fundamentais e sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Vide: JUSTEN FILHO, 1999, p.115-136

<sup>50</sup> Como assevera Canotilho: “a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático”. Vide: CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 318.

<sup>51</sup> A dispensa e inexigibilidade de licitação são situações excepcionais e devem atender ao interesse público qualitativo no caso concreto.

desrespeitando um processo administrativo disciplinar prévio (art.143-182 da lei nº 8.112/90) ou c) nomear alguém para um cargo público efetivo, sem antes realizar um concurso público (Art.37, II, CRFB88).

O nosso país deve ultrapassar esse dogma autoritário do “fiz porque quis” (tão evidente no período ditatorial com os Atos Institucionais dos generais brasileiros) e avançar para o fenômeno democrático da processualização. O giro “copernicano” do ato ao processo é um fenômeno mundial e deve ser acompanhado também pelo direito administrativo brasileiro.

A processualização permite que a atividade administrativa concretizadora de direitos fundamentais perpassa por um caminho democrático prévio corroborando com a construção de um verdadeiro Estado Democrático (e Social) de Direito.

Entretanto, em que sentido essa processualização da atividade administrativa potencializa a construção de um Estado Democrático (e Social) de Direito no Brasil? Quais as funções democráticas dessa processualização?

#### **4. AS PRINCIPAIS FUNÇÕES DEMOCRÁTICAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

O fenômeno da processualização assume na atualidade

brasileira três funções democráticas principais, a saber, favorece uma maior legitimação, controle e eficiência da atividade administrativa.

#### 4.1 A LEGITIMAÇÃO<sup>52</sup> DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

No final do século XX, as duas bases de legitimação do poder político e da Administração Pública – democracia representativa e a crença liberal de que o Estado seria um mero executor das leis – entraram em crise<sup>53-54</sup> e, conseqüentemente, impulsionaram um déficit de legitimidade democrática da função administrativa.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Politicamente, legitimidade significa atributo do Estado que consegue um grau de consenso da população capaz de assegurar obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, salvo em casos esporádicos. Vide em *Legitimidade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.) Dicionário de Política. 1992.

<sup>53</sup> A democracia representativa foi pautada em uma sociedade individualista, é dizer, o indivíduo era o protagonista da vida política. Atualmente, todavia, em uma sociedade pluralista, os partidos políticos e os políticos tornaram-se incapazes de canalizar adequadamente os múltiplos interesses da sociedade para formação da vontade geral. Vide: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 22-23;

<sup>54</sup> Já foi abordado nessa pesquisa o avanço de um Estado liberal executor da lei para um Estado multifuncional. A lei deixou de ser a única fonte capaz de legitimar a atuação do Estado, pois. Ademais, na segunda metade do século XX, ocorreu a denominada “crise da lei”, diante do seu desprestígio e descrédito como expressão da vontade geral. Vide: BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 35.

<sup>55</sup> A representação política e a lei eram as duas bases de legitimação do

Essa é a realidade atual brasileira. A crise da democracia representativa e do Estado legalista é evidente. Segundo pesquisa recente da FGV, por exemplo, é notório o descrédito e o desprestígio dos representantes políticos nacionais e da lei como expressão da vontade geral.<sup>56</sup> Diante dessa crise, a nosso ver, devem surgir novas formas de legitimação da Administração Pública Brasileira.

Em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deve ser consensual, dialogar com o cidadão e permitir que o mesmo influencie nas decisões administrativas nos quais ele é diretamente afetado (cidadania individual)<sup>57</sup> e em defesa dos interesses comuns, coletivos ou difusos (cidadania coletiva).<sup>58</sup> Afinal, se o governo depende da

---

Poder político e da Administração Pública (que era legitimada a reboque pela legitimação do Poder Executivo). Com a crise destas, novas formas de legitimar a Administração tiveram de surgir. Vide: BATISTA, op.cit, p. 120-127.

<sup>56</sup> Segundo FGV em pesquisa feita em 2015, apenas 5% dos brasileiros confiam nos partidos políticos, 15% confiam no Congresso Nacional e 19% no Governo Federal. Ademais, 80% dos brasileiros acreditam ser fácil desobedecer a lei no Brasil e que sempre que possível as pessoas escolhem dar um “jeitinho” ao invés de seguir à lei. (FGV. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório IPCL/Brasil 1º sem/2015. sem/2015. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/relatorio-ipclbrasil-1-semester-2015>>. Acesso em: 22 jun. 2015

<sup>57</sup> É o que a doutrina norte-americana chama de *self-defence* e *self-protection*. Vide: BATISTA, Patrícia. Ob.cit, pp.134

<sup>58</sup> Muito além de permitir apenas o *self-defence* e *self-protection*, a participação popular permite também uma cidadania coletiva. A doutrina classifica, assim, a participação em *uti singuli* (participação do indivíduo como titular de direitos subjetivos próprios) e em *uti cives* (atuando na

aprovação dos governados, a Administração deve agir com *fair play* para conquistar a simpatia dos cidadãos e a concretização de um governo democrático.<sup>59</sup>

Nessas pegadas, a participação popular, principal instrumento de diálogo entre Administração e os cidadãos, deve configurar-se como a nova base de legitimação social da atuação administrativa brasileira. Basta percebermos que a participação popular 1) respeita e concretiza os interesses, direitos fundamentais e a dignidade dos cidadãos<sup>60</sup>; 2) possibilita uma decisão administrativa mais imparcial e de maior qualidade<sup>61</sup>; 3) transfere a democracia representativa para a democracia participativa<sup>62</sup>; e 4) garante, ao fim, uma

---

perseguição do interesse comum). Vale ressaltar que cidadão pode ter interesses que sejam ao mesmo tempo individual e geral, como ocorre geralmente com as políticas públicas. Vide: BATISTA, Patrícia. *Ob.cit.*, pp.128-132; 168-170

<sup>59</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Prólogo de Jorge A. Sáenz. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, t. 02, 2006. p. IX-18

<sup>60</sup> Segundo John RAWLS “o mérito principal do princípio da participação é o de garantir que o governo respeite os direitos e o bem-estar dos governados”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 251

<sup>61</sup> Com a participação popular o gestor tem uma quantidade maior de informações, uma visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão, melhorando assim a qualidade das decisões administrativas e assegurando um tratamento mais justo aos administrados. Vide: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, *op.cit.*, p. IX-36

<sup>62</sup> Gerou-se a “democratização da democracia” intensificando a otimização das participações dos homens nos processos de decisão”. CANOTILHO, *op.cit.*, p.365

maior legitimidade da atuação administrativa.<sup>63</sup>

O processo administrativo, por sua vez, é a sede por excelência dessa participação administrativa, pois possibilita um maior envolvimento dos cidadãos (principais interessados) na tomada de decisão estatal.<sup>64</sup> Ilustra essa realidade, a Lei do processo administrativo federal brasileiro (Lei nº 9784/99), por exemplo, que dispõe de diversos instrumentos de participação popular como as audiências públicas (Art.31), consultas públicas (Art.32) ou, ainda, a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente constituídas (Art.33).<sup>65</sup>

Isso significa que a legitimidade, portanto, é “o efeito de um devido processo participativo”.<sup>66</sup> Com razão, adverte José Joaquim CALMON DE PASSOS que o direito consiste numa decisão e a participação no processo decisório é um elemento do Estado Democrático de Direito, pois confere ao cidadão uma cidadania efetiva, é dizer, um espaço de real

---

<sup>63</sup> A participação gera uma aceitação popular maior das decisões administrativas, diminuindo a conflituosidade que marca as relações Administração-administrados. Assim, o dever de obediência se transforma em espontânea aceitação. Vide: SILVA, p. 402; BATISTA, Patrícia. Ob.cit, pp.120-127; MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2003. p.73.

<sup>64</sup> BATISTA, Patrícia. Ob.cit, p.178

<sup>65</sup> MOREIRA NETO, 1998, p.08

<sup>66</sup> LUHMAN, Niklas. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980. p. 169-170

liberdade e de efetiva autodeterminação, retirando “os seus direitos fundamentais do mundo do “faz de conta” dos enunciados para colocá-los no mundo real dos acontecimentos.<sup>67</sup>

Diante do exposto, o processo administrativo através da concretização do princípio do contraditório, permite a participação popular (nova base de legitimidade estatal) e assegura, assim, uma maior legitimação da atividade administrativa nacional.

## **4.2. O CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA**

O controle da Administração Pública compreende a orientação, fiscalização e correção da atividade administrativa. Ele visa evitar vícios e arbitrariedades; garantir a compatibilidade da atuação administrativa com a juridicidade<sup>68</sup> e concretizar o Interesse Público qualitativo no caso concreto.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op.cit, p.552-553

<sup>68</sup> Nesse sentido, Ruy Cirne LIMA afirma que o controle possibilita que a atividade administrativa seja “defendida e protegida” pelo ordenamento jurídico contra possíveis arbitrariedades do agente público ou de terceiros”. Vide: LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 21

<sup>69</sup> Essa conceituação é adotada por DI PIETRO, *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 808-809; JUSTEN FILHO, *Marçal Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo*. Revista

Esse controle é imprescindível para a atividade administrativa brasileira.<sup>70</sup> Somos marcados por um longo histórico de corrupção no setor público<sup>71</sup> e isso potencializa ainda mais o entendimento de que o agente estatal não pode ter uma carta branca para dirigir os destinos da coletividade. Ao administrar coisa pública (*res publica*), o gestor brasileiro deve, em respeito à soberania popular, ter sua atuação efetivamente controlada para que desempenhe suas prerrogativas em prol do interesse público. Afinal, a controlabilidade vincula-se a democracia<sup>72</sup> e a incontrolabilidade ao arbítrio de um Leviatã.<sup>73</sup>

Nessa trilha de raciocínio, o processo administrativo é

---

Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.26, 1999, 1183-1184; e MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução, p. 422-423

70 CARVALHO FILHO sustenta que não se concebe mais nos dias atuais, que os governantes tenham carta branca para dirigir os destinos da coletividade. O Estado moderno não prescinde do controle, pois. Vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformações e efetividade do Direito Administrativo, 2014, p.83

71 O Brasil ainda hoje tem índices de corrupção elevadíssimos em comparação aos demais países do mundo. Segundo o Índice de Percepção de Corrupção, feito pela Transparência Internacional, que ordena os países do mundo de acordo com o grau em que a corrupção é percebida existir entre funcionários públicos e políticos, o Brasil ficou em 69º lugar em percepção da corrupção pela população, empatados com países como Senegal, Itália e Grécia. Vide: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2014. Corruption Perceptions Index 2014. Disponível em: <<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015

72 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, op.cit, p.XV-27

73 BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia, op.cit, p. 95

um instrumento democrático efetivo de controle da atuação administrativa<sup>74</sup>, pois possibilita: 1) uma maior transparência e prestação de contas da atividade administrativa (*accountability*); 2) uma maior limitação do poder estatal em respeito à dignidade da pessoa humana dos cidadãos (função garantística), facilitando a fiscalização, correção e orientação das decisões administrativas.

Com relação à transparência, o processo administrativo gera uma maior publicidade/visibilidade<sup>75</sup> da formação da decisão administrativa para todos os cidadãos.<sup>76</sup> No âmbito federal, *v.g.*, existe o dever da divulgação oficial dos atos administrativos (Art.2º, inciso V, da Lei 978499), garantindo a ciência da tramitação dos processos administrativos a todos os possíveis interessados (Art. 2º, inciso X; Art.3º, inciso II e Art.9º, inciso II, da Lei 978499). O *due process*, é um processo público, pois protege as partes contra decisões arbitrárias e secretas e permite o controle

---

<sup>74</sup> Não é à toa que Hely Lopes Meireles e José dos Santos Carvalho Filho, explicam o processo administrativo dentro de capítulo de “Controle da Administração Pública”. Vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.801-818;

<sup>75</sup> A publicidade aqui é encarada como a imposição de que todos os atos do processo sejam previamente levados ao conhecimento público, que a prática de tais atos se faça na presença de qualquer interessado e que o conteúdo do processo seja conhecido por qualquer um. Vide: JUSTEN FILHO, , *op.cit*, 2013, p.353

<sup>76</sup> MEDAUAR, *Direito administrativo em evolução*, p. 211

democrático sobre essa decisão.<sup>77</sup>

Dessa forma, o processo administrativo remonta ao conceito democrático de *Accountability*, é dizer, o dever do agente público de prestar contas de seus atos e publicar suas motivações com a maior transparência possível sob pena de responsabilização.<sup>78</sup>

Com relação à limitação do poder estatal, a processualização inviabiliza o exercício concentrado, unilateral e único da competência decisória (paradigma clássico do ato administrativo). Ademais, o processo possibilita a diluição do exercício do poder em um caminho democrático prévio; uma série de atos concatenados<sup>79</sup> e planejados em um postulado de coerência lógica (paradigma contemporâneo da processualização). A própria dialética processual decorrente do contraditório, então, impede a consagração de atitudes precipitadas e impulsivas e favorece ao controle administrativo.<sup>80</sup>

No esquema processual, então, o cidadão não encontra

---

<sup>77</sup> NERY JR., op.cit, p.279; DIDIER; op.cit, p. 62

<sup>78</sup> MOTA, Ana Carolina Andrade. *Accountability* no Brasil, 2006, p.47

<sup>79</sup> No Brasil, em 1957, Seabra Fagundes já entendia que a atividade administrativa ocorria por uma sequência concatenada de atos. Na visão do ilustre doutrinador essa atividade ocorreria através de uma crescente concretização indo dos atos internos (gerais e especiais) até os atos externos (materiais). Vide: FAGUNDES, Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 1957, p.57-58

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. p. 340-344

ante de si uma Administração livre, e sim uma Administração controlada em sua atuação.<sup>81</sup> O processo administrativo facilita tanto o controle interno (a própria Administração terá registrado os motivos daquela decisão) quanto o externo (controle social, judicial, legislativo, do Tribunal de Contas e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração Pública).<sup>82</sup>

### **4.3. A EFICIÊNCIA<sup>83</sup> DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA**

Considerando que a principal finalidade da atuação da Administração Pública Democrática é a satisfação do interesse público qualitativo, quanto mais a atividade administrativa concretizar essa finalidade, mais eficiente ela será.

A eficiência administrativa, assim, consiste “na melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”.<sup>84</sup> É o denominado princípio

---

<sup>81</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 62-63

<sup>82</sup> MEDAUAR, 1993, p. 69

<sup>83</sup> Segundo o Dicionário Aurélio, a eficiência (efficientia) é “qualidade daquilo que é eficiente”, é dizer, “daquilo que funciona, que produz os efeitos desejados, que cumpre sua finalidade”. Analisaremos nessa pesquisa, por óbvio, um enfoque jurídico-administrativo da eficiência. FERREIRA, Aurélio. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 15. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 501)

<sup>84</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*,

(ou postulado)<sup>85</sup> da eficiência (Art.37, *caput*, CRFB/88, dentre outros<sup>86</sup>).<sup>87</sup>

Alguns esclarecimentos são fundamentais sobre o tema: 1) a eficiência não se confunde com economicidade (como defendem os adeptos da escola “*Law and Economics*”<sup>88</sup>), este é apenas um dos seus elementos. Logo, uma atuação administrativa pode ser eficiente, mesmo que não seja a mais econômica (numa relação de custo-benefício), basta que atenda o interesse público qualitativo na

---

2006, p. 311

<sup>85</sup> Segundo a maioria da doutrina brasileira, a eficiência consiste em um princípio da Administração Pública. Em sentido contrário, Humberto Ávila defende que seria um postulado, é dizer, “uma norma estruturante da aplicação de princípios e normas”. Acompanha-se a opinião da maioria da doutrina nessa pesquisa. Para maiores informações sobre a opinião de Ávila, vide: ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 9 set. 2014.

<sup>86</sup> Vale ressaltar que o princípio da eficiência não é novo no ordenamento constitucional brasileiro. Antes mesmo da EC 1998, diversos dispositivos constitucionais e legais já abordavam a eficiência (Vide arts. 37, §3º; 39, §7º; 41, §1º, III e §3º; 74, II e §1º; 70; 71, VII; 144, §7º; 175; 247 da CF. Art. 22 da Lei 8.078/90(código de defesa do consumidor); Art. 6º, §1º, da Lei nº8.987/95 (concessão e permissão de serviços públicos), Arts.13; 25 e 100 do Decreto-Lei 200/67. Até mesmo na CF. 1937 (Getúlio Vargas) já havia previsão de eficiência (Art.67), embora fosse uma eficiência para justificar e manter o regime da ditadura militar. Por certo, a Administração Pública brasileira nunca teve autorização constitucional para ser ineficiente!

<sup>87</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1995, p.90;

<sup>88</sup> Segundo JUSTEN FILHO, muitos doutrinadores importam o conceito de eficiência econômica para o Direito Administrativo, confundindo a eficiência administrativa com a ideia de produtividade (base do pensamento das empresas privadas em busca do lucro). Todavia, a eficiência não se restringe ao aspecto econômico. Vide: JUSTEN FILHO, op.cit, p.216

concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>89</sup>, pois além do “custo econômico” existe o “custo social” das decisões administrativas<sup>90</sup>; 2) a eficiência não representa uma afronta a legalidade, muito pelo contrário, consiste no aspecto material da lei, valorizando seu conteúdo finalístico na concretização do interesse público<sup>91</sup>. O gestor público, pois, deve atuar com eficiência, dentro da legalidade.<sup>92</sup>

Ilustra essa realidade, v.g, as vagas gratuitas para deficientes, gestantes e idosos nos serviços de transportes públicos. Essas ações, economicamente, geram maiores custos para a Administração Pública, todavia, satisfazem o interesse público qualitativo na medida em que concretizam a dignidade da pessoa humana (pedra angular do nosso ordenamento jurídico) dos deficientes, gestantes e idosos. Essa atuação administrativa é dotada de eficiência administrativa, pois.

Após esse breve e necessário panorama sobre a

---

<sup>89</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de O princípio da eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Jul/Set 2004., p. 1; CHICÓSKI, Davi. O princípio da eficiência e o procedimento administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 237: 93-118, jul./set. 2004. p. 99; GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p.327-351;

<sup>90</sup> POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 251.

<sup>91</sup> ARAGÃO, op.cit, p.03; MEDAUAR, op.cit, p.146; MODESTO, op.cit, p.02;

<sup>92</sup> MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. Op.cit, p. 146

eficiência administrativa, destaca-se que o processo administrativo também consiste em um instrumento democrático primordial para uma atividade administrativa brasileira eficiente, pois possibilita, sobretudo, decisões administrativas mais racionais e direcionadas ao interesse público do que ao interesse pessoal do gestor.

Basta percebermos que o processo administrativo permite uma maior racionalidade da atividade administrativa, pois 1) favorece a atividade cognitiva do gestor de buscar os critérios mais racionais para a tomada de decisão, limitando e direcionando sua discricionariedade ao interesse público<sup>93</sup>; 2) sistematiza a edição de muitos atos administrativos em uma organização racional<sup>94</sup>, favorecendo uma maior previsibilidade e orientação da atuação administrativa para otimizar o resultado social, já que o ato decisório será resultado lógico dos eventos apurados ao longo do processo<sup>95</sup>; 3) reúne e compõe, através da participação popular, os interesses públicos

---

<sup>93</sup> Com efeito, discricionariedade deve significar eficiência, pois o mérito administrativo não representa um escudo protetor da autoridade ou uma das “*inmunidades del poder*” como diria GARCÍA DE ENTERRÍA. O gestor tem o dever de racionalmente indicar qual a melhor solução direcionada ao interesse público qualitativo, e para isso, a nosso ver, ele deve processualizar sua vontade. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 1974, *passim* e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

<sup>94</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p.185

<sup>95</sup> CHICÓSKI, op.cit, p.104; MOREIRA, Egon Bockmann. Op.cit, p.69.

e privados necessários para uma decisão administrativa de maior qualidade e eficiência<sup>96</sup>.

Ilustra essa situação, o agente público que antes decidir com quem irá contratar para realizar uma obra pública de grande vulto, racionaliza sua vontade administrativa através de um processo licitatório efetivo. O gestor, assim, seguirá uma sequência ordenada e racional de atos (anteprojeto, planejamento, projeto básico e executivo, orçamento detalhado, audiência pública, edital, habilitação, recebimento das propostas, classificação e julgamento, homologação e adjudicação)<sup>97</sup> e tenderá à seleção da melhor proposta possível para executar essa obra pública e atender ao interesse público. Uma contratação mais impessoal, racional e eficiente para a Administração Pública, portanto.

Não desconhecemos que existem diversas formas de fraude ao processo licitatório. É evidente que a má utilização desse instrumento democrático, potencializa atuações corruptas e ineficientes. Todavia, não podemos julgar um instrumento pelo seu mau uso (desvio de finalidade), a

---

<sup>96</sup> BATISTA, Patrícia. op.cit, p.247; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 120.

<sup>97</sup> Existem, segundo o TCU e a Lei nº 8.666/93, três fases licitatórias, a saber: a fase preliminar, a fase interna e a fase externa. Uma processualização feita por etapas racionalizadas.

licitação, enquanto processualização, é fundamental para garantia de uma contratação administrativa mais impessoal, racional e eficiente, essa é a sua finalidade-mor.<sup>98</sup>

Com efeito, o processo administrativo, do modo em que é compreendido nessa pesquisa, está longe de ser uma burocracia (em sentido vulgar e pejorativo) impeditiva da eficiência estatal<sup>99</sup> ou uma burocracia weberiana (idealizada e desconexa da realidade política).<sup>100</sup> Muito pelo contrário, consiste, em nossa percepção, em um formalismo moderado e garantista a favor do cidadão, é dizer, a medida da racionalização do exercício do poder.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Tanto é assim, que o TCU já demonstrou, estatisticamente, que a maioria das fraudes envolvendo contratações administrativas ocorre nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, é dizer, não existindo o processo licitatório para racionalizar a vontade administrativa, tende a prevalecer a vontade privada do “gestor-Rei”. BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU .op.cit, p. 215-239

<sup>99</sup> O código de procedimento administrativo português (DL nº 442/1991), por exemplo, adota em seu Art. 11º essa visão comum, atrelando a desburocratização à eficiência.

<sup>100</sup> Weber, em contraposição a uma Administração Patrimonialista, pregava uma Administração Burocrática que tinha como principal característica a neutralidade política da atividade administrativa. Essa neutralidade política weberiana não mais se sustenta, a atividade administrativa é permeada pela política e em um Estado Democrático de Direito, todos (políticos ou burocratas) devem pautar suas condutas em padrões éticos vigentes e no interesse público qualitativo. Por isso, defendemos nesse trabalho uma visão mais realista da atividade administrativa (admitindo a influência política) e voltada para garantia dos cidadãos. Sobre a visão weberiana, vide: WEBER, Max. *¿Qué es la Burocracia?* Livro digital, *passim*.

<sup>101</sup> O formalismo moderado ou informalismo do processo administrativo também é um grande trunfo desse instrumento. São previstos de ritos e

Em suma, o processo administrativo, portanto, na medida em que propicia uma maior racionalidade da atividade administrativa, representa também um instrumento apto para assegurar uma atividade administrativa mais eficiente.

Diante do exposto, a processualização favorece a uma atividade administrativa mais legítima, controlável e eficiente, sendo, portanto, imprescindível na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos nacionais e na construção de um Estado Democrático (e Social) de Direito Brasileiro.<sup>102</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Sintetizando tudo o que foi exposto, temos o seguinte:

(i) conceituação do processo e do processo administrativo à luz de uma Teoria Geral do Processo e do Direito Administrativo contemporâneo; (ii) evolução histórica do ato

---

formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. O formalismo só deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e como uma garantia aos cidadãos. Nesse sentido, nossa Lei de Processo Administrativo Federal (9.784/99) dispõe no art.2º, p.u, inciso IX e art.22, a adoção de forma simples e destinada à proteção aos direitos do cidadão. Vide: MEDAUAR, 1993, p.122; DI PIETRO, p.512; GORDILLO, op.cit, p. IX-27 a IX-33.

<sup>102</sup> A processualização está entranhada nas atividades administrativas, é por isso que, por exemplo, para contratar (tem-se um processo licitatório); para punir um servidor ou um cidadão (um processo administrativo com ampla defesa e contraditório), para executar um tributo (um processo administrativo fiscal); para selecionar os futuros servidores efetivo (um concurso público).

administrativo, desde seu momento áureo como paradigma central do Direito Administrativo liberal até sua crise e substituição pelo instituto do processo administrativo no Direito Administrativo Constitucionalizado; (iii) contextualização do processo administrativo na realidade jurídica e social brasileira e (iv) as funções democráticas do processo administrativo na atividade administrativa brasileira.

Essas foram as linhas mestras traçadas para o desenvolvimento do tema e para extrairmos as conclusões ora expostas:

1. Entendemos o processo enquanto um procedimento em contraditório que legitima o exercício do poder estatal, e o processo administrativo enquanto uma das espécies do gênero processo que lida diretamente com a função administrativa do Estado. Dessa forma, a nosso ver, o processo administrativo, *latu sensu*, é um caminho democrático prévio para a formação da atividade administrativa;

2. O paradigma liberal do ato administrativo isolado e unilateral não é mais compatível com um Estado Democrático e Social de Direito e com um Direito Administrativo contemporâneo;

3. O giro copernicano mundial do ato ao processo evidencia que a atividade administrativa é eminentemente processual, é dizer, segue, em regra, um *iter* prévio para sua

concretização (processo administrativo), possibilitando que o gestor público não confunda seu interesse privado com o interesse público;

4. O processo administrativo, em seu sentido amplo, ainda é tema extremamente recente e pouco explorado no Direito Administrativo Brasileiro. Todavia, nossa triste realidade social demanda, por um lado, uma intensificação da atividade administrativa na concretização dos direitos fundamentais e, por outro, a processualização dessa atividade em prol da construção de um Estado Democrático e Social de Direito. O nosso país, nesse diapasão, deve ultrapassar esse dogma autoritário do ato administrativo unilateral e isolado (do “fiz porque quis”) e avançar para o fenômeno democrático da processualização.

5. Entendemos que o processo administrativo, embora não seja a panaceia dos problemas sociais brasileiros, favorece uma maior legitimação, controle e eficiência da atividade administrativa nacional. Ele é um instrumento, um meio, um caminho, que, se for bem utilizado, será um porta-voz da democracia e não do autoritarismo.

6. A legitimação decorre da concretização do princípio do contraditório através da participação popular (nova base de legitimidade estatal) permitida pelo processo administrativo.

7. O controle interno e externo da atividade administrativa, por sua vez, também é potencializado pelo processo administrativo, já que o mesmo permite uma maior transparência; *accountability* e limitação do poder estatal.

8. A eficiência administrativa é concretizada pela maior racionalidade da atividade administrativa permitida pelo fenômeno processual. O processo administrativo sistematiza a edição de muitos atos administrativos em uma organização racional, favorecendo uma maior previsibilidade e orientação da atuação administrativa para otimizar o resultado social, já que o ato decisório será resultado lógico dos eventos apurados ao longo do processo.

9. Diante do exposto, confirma-se a hipótese inicial dessa pesquisa: a processualização realmente favorece a uma atividade administrativa mais legítima, controlável e eficiente, sendo, portanto, imprescindível na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros e na construção de um Estado Democrático e Social de Direito no nosso país.

São essas as conclusões que derivam de tudo o que foi desenvolvido ao longo dessa pesquisa. A partir de então, lança-se as bases para um debate acerca do desenvolvimento teórico e prático do processo administrativo na realidade social e jurídica brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Alfredo Bosi (coord. Da trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Jul/Set 2004.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 9 de Setembro de 2014.

BATISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar: 3ª ed, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.) **Dicionário de Política**. Brasília, DF: UNB, 1992.

\_\_\_\_\_. Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 6ª ed. Marco Aurélio Nogueira (Trad.), 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2004.

\_\_\_\_\_. Paulo. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2007.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados**

**Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU.** 4. ed., ver. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2010, p. 148-195. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>.> Acessado em 05.maio.2015

BÜLOW, Oskar von. **Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias.** São Paulo: Ed. Lzn, 2ª ed, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 6ª ed, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Transformações e efetividade do Direito Administrativo.** In: MARRARA, Thiago (Org.), **Direito Administrativo: Transformações e Tendências (Org.)**. São Paulo: Almedina, 2014.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. Aula do Curso de Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 07 de outubro de 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A codificação do processo administrativo.** In *Direito*, Rio, v.I, n.1, jan.-fev/1940.

CHICÓSKI, Davi. **O princípio da eficiência e o procedimento administrativo.** *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, 237: 93-118, Jul.Set, 2004.

CRETELLA JR, José. **Prática do Processo Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. rev. e atual., 2008.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Ed.Saraiva, 2ª ed, 1998.

DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antoni Fabriis LT, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual e Processo de conhecimento**. Salvador: Ed. JusPodivm, 14ª ed, vol.01, 2012.

\_\_\_\_\_. Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2ª ed., 2013.

\_\_\_\_\_. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 27ª. Ed., 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual**. Editora Bookseller, 2006.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 15ª reimpressão, 1975.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório IPCL/Brasil 1º sem/2015**. Disponível em <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/relatorio-ipclbrasil-1- semestre-2015>>. Acesso em 22 de junho 2015.

GABARDO, Emerson, **A eficiência no desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa**. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Trad. Arnaldo Setti, 1990.

\_\_\_\_\_. Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**. Revista do Occidente: Madrid, 1974.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Prólogo de Jorge A. Sáenz, Tomo 02, 8ª ed., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Ed. Malheiros, 28ª ed, São Paulo, 2012.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função do Direito Administrativo**. 159 p. il. 2007. Dissertação (Mestrado). USP - Faculdade de Direito, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Revista

Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.26, 1999.

\_\_\_\_\_. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 9. Ed., 2013.

KHUN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 8ª ed., 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1987.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Ed. UNB, 1980.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **A processualização do Direito Administrativo**. In: MARRARA, Thiago (Org.), *Direito Administrativo: Transformações e Tendências* (Org.). São Paulo: Almedina, 2014

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. Artigo. Fórum Administrativo- Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 9, n.100, 2009.

\_\_\_\_\_. Odete, **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 17ª ed. rev., atual. e ampl, 2013.

\_\_\_\_\_. Odete, **O Direito Administrativo em Evolução**, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 41ª ed., 2015.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 19 de Setembro de 2014

MOREIRA, Egon Bockman. **O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais**. In: Edgar Guimarães (Coord.). Cenários do direito administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacelar Filho. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Ed. Malheiros, 4ª ed., 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., rev. e atual, 1998.

\_\_\_\_\_. Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade.

**Accountability no Brasil: Os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes.** 250 p. il. 2006. Tese (Doutorado). USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas- Departamento de Ciência Política. 2006.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Almedina: Coimbra, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O Processo Administrativo na Constituição de 1988.** In: Ensaios e Artigos, v.1, ed. JusPodivm, Salvador, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações.** São Paulo: Ed. Bookseller, Tomo 01, 1998.

PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014. Sustentar o progresso humano: Reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência.** New York, 2014, Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>> Acessado em 05 de maio de 2015.

RAWLS, Jonh. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Trad. José Cretella Jr., 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do**

**Acto Administrativo Perdido.** Coimbra: Almedina, 1998, Colecção Teses.

SUNFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo.** Revista de Direito Público, vol 84, 1987

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e Teoria do Estado.** Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 5ª ed., 2006.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2014.** Disponível em: <<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>>, acessado em 22 de junho de 2015

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

WEBER, Max. **¿Qué es la Burocracia?** Livro digital, *passim*. Disponível em: <[http://www.ucema.edu.ar/u/ame/Weber\\_burocracia.pdf](http://www.ucema.edu.ar/u/ame/Weber_burocracia.pdf)> Acessado em 05 de maio de 2015

---

## CAPÍTULO V

### ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE PRODUTOS IMPORTADOS POR PESSOAS FÍSICAS PARA USO PRÓPRIO

Júlia Terra Nova dos Santos<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); 2.1. Origem; 2.2. Base Econômica; 2.3. Hipótese de incidência: o desembaraço aduaneiro; 2.4. Não cumulatividade no IPI; 3. Mercado internacional e necessária tributação dos importados; 4. Incidência do IPI na importação por não-contribuintes 4.1. Sistemáticas distintas para o IPI e o ICMS; 4.2. Posicionamento atual dos Tribunais; 5. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O estudo volta-se ao exame da incidência do IPI no desembaraço aduaneiro de produtos industrializados estrangeiros, especificamente quando a importação for realizada para próprio consumo. O trabalho desenvolve-se pela pesquisa bibliográfica, fazendo uso de obras do Direito Tributário, bem como da Economia Internacional e Comércio Exterior. Buscou-se explorar a estrutura jurídica do imposto e examinar os princípios que norteiam a tributação da importação e exportação no mercado internacional. Explora-se, assim, as operações de importação nas quais o produto estrangeiro for para uso próprio daquele que o importa, conferindo a viabilidade do sistema de não cumulatividade típico de tal imposto. Suscita-se a legitimidade da incidência do IPI na importação, para que alcance todas as operações, ainda que o importador seja não contribuinte, pessoa física ou jurídica, e seja qual finalidade for dada ao produto importado,

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito da Faculdade de Direito da UFBA.

de modo que o ônus fiscal recaia diretamente sobre o consumidor final.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ipi-Importação; Desembaraço Aduaneiro; Não cumulatividade.

**ABSTRACT:** This study is about the examination of the IPI impact in customs clearance of foreign industrial products, specifically when the import is for own consumption. The work is developed by the literature, using works of Tax Law, International Economy and Foreign Trade. It sought to explore the legal structure of the tax and examine the principles around the taxation of import and export in the international market. It explores the import operations in which the foreign product is for the person own use, giving the viability of the typical non-cumulative system of the tax. Raises the legitimacy of the incidence of IPI on imports, to reach all operations, even if the importer is not a taxpayer, person or entity, and whatever order is given to the imported product, so that the tax burden falls directly on the final consumer.

**KEYWORDS:** Ipi-Importation; Customs Clearance; Non Cumulative.

## 1. INTRODUÇÃO

A questão a ser discutida envolve a incidência do IPI no desembaraço aduaneiro, especialmente quando o importador for pessoa física e o produto industrializado para uso próprio, analisando, conjuntamente, a viabilidade do sistema de não cumulatividade típico de tal imposto.

O desembaraço aduaneiro é uma das hipóteses de incidência do IPI, que, por sua vez, pretende gravar as

operações que tem como objeto produto industrializado e onerar o sujeito que realizou o ato industrial e fez o bem sair do âmbito de produção. Deve ainda ser não cumulativo, compensando-se o que for devido com o pago anteriormente a título do mesmo imposto.

Nesses termos, questiona-se a legitimidade da exigência desse imposto quando a importação do produto industrializado for realizada por pessoa física para seu próprio consumo, dada a inexistência de etapa de circulação posterior que gere débitos a compensar com o valor pago na entrada do bem.

Em assim sendo, considerando a importação do produto industrializado como situação atípica, na qual o importador (pessoa jurídica ou natural) funciona como “substituto tributário” daquele que produziu o bem e que situado no exterior não pode ser alcançado pelas leis brasileiras<sup>2</sup>, afirma-se a legitimidade da cobrança do IPI nas importações de produtos industrializados realizadas por pessoas físicas para uso próprio, bem como a inexistência de ferimento a não cumulatividade pela impossibilidade de se creditar da exação paga no desembaraço aduaneiro.

Trata-se de pesquisa bibliográfica que se desenvolve

---

<sup>2</sup> MOREIRA, André Mendes. **A Não-Cumulatividade dos Tributos**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, pp. 208-209.

sob um viés interdisciplinar, porquanto examina conteúdos próprios do Direito Tributário auxiliado por obras do ramo da Economia Internacional e Comércio Exterior. Foi utilizado o raciocínio dedutivo, a partir do exame da base econômica do IPI e da constatação da necessária tributação dos importados suscitar a legitimidade da hipótese que se perfaz no desembaraço aduaneiro.

## **2. O IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS**

### **2.1. ORIGEM**

De início, necessário tecer algumas considerações prévias acerca da evolução histórica do tributo, especialmente porque o IPI é considerado sucessor do Imposto de Consumo, no Brasil.

Desde a Emenda Constitucional nº 18/65 que compete a União instituir o imposto sobre produtos industrializados<sup>3</sup>. A atribuição da referida competência decorreu de modificação à Constituição de 1946 que permitia ao ente o decreto de imposto sobre o consumo de mercadorias<sup>4</sup>. Sobreveio, então, o DL 34/66 para alterar a lei 4.502/64, que disciplinava o antigo

---

3 Emenda Constitucional nº 18/65, art. 11, caput.

4 Constituição de 1934, art. 15, II.

tributo, dispondo que o “imposto sobre consumo” passaria a denominar-se “imposto sobre produtos industrializados”<sup>5</sup>.

A Lei 4.502/64, ao dispor acerca do antigo imposto sobre consumo, prevê como hipóteses de incidência: o desembaraço aduaneiro, no que se refere aos produtos de procedência estrangeira e quanto aos de produção nacional, a saída do estabelecimento produtor<sup>6</sup>. Ademais, em relação à incidência do referido imposto na importação, acrescenta ser devido “seja quais foram as finalidades a que se destine o produto ou o título jurídico a que se faça a importação”<sup>7</sup>.

As referidas disposições permaneceram mesmo após a EC 18/65, razão pela qual se considera que o fato gerador do imposto de consumo é o mesmo do imposto sobre produtos industrializados, e por isso com nome novo de imposto velho<sup>8</sup>. Sobre essa questão observou Aliomar Baleeiro que: “Em verdade, o tributo que, nas águas lustrais da Emenda nº 18/1965 recebeu o nome de ‘imposto sobre produtos industrializados’, é o mesmo imposto de consumo das Constituições de 1946 e anteriores”<sup>9</sup>.

---

5 Decreto-Lei nº 34/66, art. 1º.

6Lei 4.502/64, art. 2º, I e II.

7Lei 4.502/64, art. 2º, I e §2º.

8 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro** - atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 12ª ed. São Paulo: Método Forense, 2013. p. 468.

9 Ibidem, p. 468.

Com efeito, o antigo nome pautava-se no pressuposto do tributo ser suportado economicamente pelos consumidores e com a EC 18/75 passou a ser denominado pela coisa tributada, o produto industrializado<sup>10</sup>.

Muito embora deva ser considerado que, diante do arquétipo constitucional, o antigo Imposto de Consumo incidia sobre mercadorias e não produtos industrializados. Contudo, a legislação vacila dispondo, por vezes, a incidência do imposto de consumo sobre mercadorias e outras sobre produtos industrializados. Enquanto a Constituição de 1946 concedeu a competência para a União instituir imposto sobre consumo de mercadorias<sup>11</sup>, a lei nº 4.502/64 estabeleceu a incidência do imposto sobre consumo sobre produtos industrializados compreendidos na tabela anexa a lei<sup>12</sup>.

De todo modo, o IPI foi inserido no ordenamento jurídico em substituição ao antigo Imposto de Consumo, de sorte que com a EC 18/75 superou-se as inadequações com as disposições legislativas a respeito do antigo imposto. Certamente, não houve alteração substancial, uma vez que a mudança de nome não alterou a natureza do imposto<sup>13</sup>.

---

10Ibidem, p. 467.

11 Constituição de 1946, art. 15, II.

12 Lei 4.502/64, art. 1º, *caput*.

13 MACHADO, Hugo de Britto. **O IPI e a importação de produtos industrializados**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 69,

Cumpra observar, que muito além de preocupação eminentemente técnica voltada a ajustar o nome ao formalismo jurídico, mas “por motivos psicológicos tributários, quer-se vincular o imposto ao empresário tornando-o pouco perceptível aos olhos dos consumidores leigos não empresários<sup>14</sup>”. Por isso, considera-se que o IPI continua a ser imposto sobre o consumo de bens industrializados<sup>15</sup>.

## 2.2. BASE ECONÔMICA

O antigo Imposto de Consumo, hoje se revela na figura do IPI, uma vez que a mudança de nome do imposto não gerou alteração substancial que afetasse a sua natureza. Com a Constituição Federal de 1988 a competência para instituir impostos sobre “produtos industrializados” (IPI) permaneceu com a União<sup>16</sup>.

No que se refere ao IPI, a Constituição menciona a operação que envolve o produto industrializado<sup>17</sup>. O que nos permite aferir que, em verdade, o núcleo hipotético não se

---

jun/2001, p. 82.

<sup>14</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Não-Cumulatividade Tributária**/ Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459/460.

<sup>15</sup> Idem. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: 2015, p. 292.

<sup>16</sup> Constituição Federal, art.153, IV.

<sup>17</sup> Constituição Federal de 1988, art. 153, §3º, II.

esgota no “produto industrializado”, mas abrange a operação (negócio jurídico) que o tem como objeto. Nesse caso, a incidência do IPI alcança o negócio jurídico que tenha por objeto qualquer bem decorrente de processo de industrialização realizado por um dos contratantes<sup>18</sup>.

Em outras palavras, o imposto sobre produtos industrializados não recai, efetivamente, sobre o produto, mas sobre o negócio jurídico que o permite sair do âmbito de produção. Assim, não basta que o produto tenha sido industrializado em algum momento, mas que o processo de industrialização tenha sido efetivado por um dos sujeitos da operação<sup>19</sup>.

Além do mais, os conceitos de mercadoria e de produto não podem ser confundidos. Produto é qualquer bem produzido pelo homem ou pela natureza <sup>20</sup>, enquanto mercadoria, como o próprio nome sugere, é o bem dotado de “mercância”, disponibilizado no comércio. A tributação a título de IPI alcança os produtos que passaram por processos de industrialização, não os postos em circulação para imediato

---

<sup>18</sup>PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 90.

<sup>19</sup>Ibidem, p. 92.

<sup>20</sup>Ibidem, p. 92.

consumo, pois essa materialidade é atinente a imposto diverso.<sup>21</sup>

No que concerne ao termo “industrialização”, estabelecendo seus contornos, dispôs o Código Tributário Nacional que “considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”<sup>22</sup>.

Por sua vez, o Regulamento do IPI acrescentou caracterizar industrialização também as operações que modifiquem o funcionamento, o acabamento e a apresentação, de modo que a industrialização possa resultar da transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento (reacondicionamento) e recondicionamento (renovação)<sup>23</sup>.

Em simples palavras, o bem passará por uma série de operações para que resulte o produto industrializado e posteriormente seja transferida sua titularidade através de uma operação (negócio jurídico).

Assim, tem-se na regra matriz de incidência tributária do IPI, que o critério material é a “operação com produtos industrializados”. Ocorre que, o legislador complementar estabeleceu que o imposto sobre produtos industrializados tem

---

<sup>21</sup> Constituição Federal de 1988, art. 155, II.

<sup>22</sup> Código Tributário Nacional, art. 46, parágrafo único.

<sup>23</sup> Decreto 7212/10, art. 4º.

como fato gerador o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; a sua saída do estabelecimentos industriais e equiparados; a sua arrematação, quando apreendido, abandonado ou levado a leilão<sup>24</sup>.

Contudo, explora-se o IPI incidente na importação, referente a hipótese do desembaraço aduaneiro de produtos industrializados. Considera-se que a operação com produtos industrializados, bem pode ser a importação<sup>25</sup>. Então, é sobre essa importação de produtos industrializados estrangeiros que recairá a exação, de maneira que pode ser firmado como critério material da hipótese: “importar produtos industrializados estrangeiros” (verbo adicionado ao seu complemento).

### **2.3. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA: O DESEMBARAÇO ADUANEIRO**

O Código Tributário Nacional descreve como um dos fatos geradores do IPI o desembaraço aduaneiro. É sabido que, em verdade, o fato gerador concernente ao dito imposto é a operação com o produto industrializado, e que a hipótese

---

<sup>24</sup> Código Tributário Nacional, art. 46, incisos I, II e III.

<sup>25</sup> FOLLONI, André Parmo, **Tributação Sobre o Comércio Exterior**, São Paulo: Dialética, 2005, p. 128.

trazida pelo artigo mencionado revela o momento em que esse fato pode ocorrer<sup>26</sup>. Nesta senda:

Ora, por se tratar de um ato administrativo, o “desembaraço aduaneiro” da mercadoria nada mais caracteriza do que o critério temporal desta hipótese de incidência (...), já que apenas define o momento em que o tributo será devido, além de não expressar qualquer conduta humana que pudesse ser regulada pela norma. Melhor seria se o legislador complementar tivesse utilizado a terminologia “importar produtos industrializados estrangeiros”, como conduta humana regulada pela norma jurídica, a fim de melhor definir o critério material<sup>27</sup>.

Por vezes o legislador assevera que o fato gerador equivale a um dos aspectos da regra matriz de incidência, no caso, o critério temporal do suposto normativo. Com efeito, o núcleo da hipótese é promover operações com produtos industrializados, que pode ocorrer em circunstâncias de tempo diversas eleitas pelo legislador, de forma que o desembaraço aduaneiro é apenas uma delas.

---

<sup>26</sup>BECKER, Alfredo Augusto, **Teoria Geral do Direito Tributário**, 6ª ed., São Paulo: Noeses, São Paulo, 2013, p. 350

<sup>27</sup>TOLEDO, José Eduardo Tellini Toledo, **IPI – Incidência Tributária e Princípios Constitucionais**. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 72.

Paulo de Barros Carvalho explica que, naturalmente, a norma tributária revela um marco temporal em que se dá como ocorrido o fato, dando exato conhecimento aos sujeitos da relação de seus direitos e suas obrigações:

Compreendemos o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações contidas na suposta regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fenômeno fático descrito, desencadeando o liame jurídico que amarra o devedor e o credor, em função de um objeto, consistente no pagamento de certa prestação pecuniária<sup>28</sup>.

Porquanto, não precisa ser necessariamente uma data, mas elementos que permitem precisar um momento, sendo assim, o desembaraço aduaneiro nada mais é que exteriorização daquele fato que denuncia o momento de sua ocorrência. Assim, constituindo o critério temporal da hipótese, entende-se que a operação com produto industrializado se perfaz se no momento do desembaraço aduaneiro.

Em conformidade com a legislação pertinente, o desembaraço aduaneiro é o ato pelo qual é registrada a

---

<sup>28</sup>CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra Matriz de Incidência do Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros**. op. cit, p. 67.

conclusão da conferência aduaneira<sup>29</sup> com a autorização da entrega da mercadoria ao importador. É resultado do despacho de importação, procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação às mercadorias importadas<sup>30</sup>.

Toda mercadoria procedente do exterior é submetida a esse processo<sup>31</sup>, que será realizado com base em Declaração de Importação (DI) prestada pelo importador no Siscomex (Sistema Integrado de Comércio Exterior)<sup>32</sup>. Essa declaração pretende colher informações relativa à qualidade e à quantidade dos produtos importados, sua classificação fiscal, ao transporte, data e local e embarque e desembarque, ao regime tributário e valor aduaneiro<sup>33</sup>.

Efetuada o ato do registro da DI, a mercadoria será posta à análise fiscal e direcionada a um canal de conferência aduaneira, através da qual se pretende “identificar o importador, verificar a mercadoria e a correção das informações relativas à sua natureza, classificação fiscal, quantificação e valor, e confirmar o cumprimento de todas as

---

<sup>29</sup>Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 571.

<sup>30</sup>Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 542 e seguintes.

<sup>31</sup>Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 483.

<sup>32</sup>Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 491.

<sup>33</sup>FOLLONI, op. cit, p. 96.

obrigações fiscais”<sup>34</sup>. O despacho de importação chegará ao fim com o desembaraço aduaneiro e a conseqüente entrega do bem ao importador<sup>35</sup>.

O recolhimento dos tributos, por sua vez, será efetuado por meio de DARF eletrônico, referente aos créditos tributários lançados pela autoridade aduaneira.

Por essa sistemática, o importador realiza o recolhimento do IPI antes mesmo da sua incidência, uma vez que o desembaraço aduaneiro, como ato final do procedimento, só ocorrerá após o cumprimento das obrigações fiscais.

Nesse sentido, aponta-se que:

...o desembaraço seria um *posterius* em relação à ocorrência do fato jurídico tributário, logo, nesse caso, posterior à constituição da relação jurídica tributária, e posterior também à sua extinção, não podendo ser considerado o momento em que se considera ocorrida a sua incidência. A incidência logicamente já ocorreu antes do cumprimento da obrigação, pois foi justamente a incidência que deu origem à obrigação. Cumprida a obrigação, sobrevém o desembaraço. O desembaraço, portanto, ocorre logicamente depois. Mas parece mais correto considerar que a norma de incidência do IPI incide apenas quando

---

<sup>34</sup>MELO, op. cit, p. 92.

<sup>35</sup>Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 511/512.

do desembaraço aduaneiro, havendo outra norma que prescreva a necessidade de antecipação do pagamento<sup>36</sup>.

Realmente, o recolhimento do tributo ocorre de forma antecipada à própria constituição da obrigação tributária a fim de garantir a efetividade da arrecadação, de modo que o contribuinte só tenha acesso ao bem, diante do cumprimento das obrigações acessórias e a principal.

Em vista disso, Roberto Caparroz de Almeida assevera que, no caso do IPI vinculado às importações, não pode ser exigido o tributo no momento da declaração de importação, porque a imposição legal só se perfaz com o desembaraço aduaneiro<sup>37</sup>. De acordo com o autor: “O que está em causa, segundo nos parece, é uma mera antecipação de eventuais direitos creditórios, esdrúxula manifestação da sanha arrecadatória do Estado Brasileiro”<sup>38</sup>.

Por certo, caso ocorra o extravio do produto, durante o procedimento, ou seja, antes do desembaraço, a incidência do IPI não ocorre, de maneira que os tributos antecipadamente recolhidos devem ser restituídos ao importador<sup>39</sup>. Porquanto:

---

<sup>36</sup> FOLLONI, op. cit, p. 130.

<sup>37</sup> TORRES, Heleno – Coordenação. **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 283.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>39</sup> Regulamento aduaneiro (Decreto 6.759/09), art. 237, §1º, I;

É imprescindível a efetiva realização do “desembaraço” dos bens, mediante sua liberação pela autoridade aduaneira, em razão do que o desaparecimento dos produtos importados, ou mesmo o abandono no recinto alfandegado, não acarretam o fato gerador do IPI<sup>40</sup>.

Ademais, o desembaraço aduaneiro é colocado como um dos momentos de ocorrência do fato gerador do IPI, que envolve um processo de industrialização, mas que, neste caso, efetivamente o processo de produção ocorre fora do país. Seguindo essa linha, Hugo de Britto argumenta que o ato industrial não seria essencial para a referida tributação, de sorte que poderia ocorrer tanto no país como no estrangeiro.

Dessa forma, com o desembaraço aduaneiro a operação que tem como objeto o produto industrializado perfaz-se, ainda que o processo industrial não tenha sido efetivado dentro do país. A tributação do produto industrializado no exterior está em consonância com a natureza jurídica do tributo, pois se pauta na operação que, de fato, ocorre no território aduaneiro no momento do seu desembaraço.

Considerando que o ordenamento pretende onerar o consumo resultante do ato industrial, mesmo que indiretamente, não teria relevância se a industrialização

---

<sup>40</sup>MELO, op. cit, p. 77.

ocorreu no país ou fora dele. Portanto, entende-se legítima a incidência do IPI na importação, de maneira que os produtos importados sejam alcançados pela tributação assim como os produtos nacionais.

#### **2.4. NÃO CUMULATIVIDADE NO IPI**

A Constituição determina que o IPI seja não cumulativo “compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrados nas anteriores”<sup>41</sup>.

A não cumulatividade constitui mecanismo que permite ao contribuinte deduzir dos valores devidos, os já suportados anteriormente, a título do mesmo imposto. Envolve situação pertinente aos tributos incidentes sobre a produção e circulação de bens e serviços, uma vez que em todas as operações que o produto industrializado for objeto incidirá o IPI, ora como matéria-prima, produto intermediário, embalagem ou produto final.

Pretende-se, assim, evitar o acúmulo decorrente de incidências sucessivas da mesma exação ao longo da cadeia produtiva do bem<sup>42</sup>. Por isso, fala-se em acúmulo exógeno de

---

<sup>41</sup>Constituição Federal, art. 153, §3º, II.

<sup>42</sup> PAULSEN, op. cit., p. 99.

tributos, considerando que dita cumulação é externa à regra matriz de incidência<sup>43</sup>.

A não cumulatividade é voltada aos impostos plurifásicos e considerada, inclusive, como imprescindível a sua existência. É verdade que, nos casos de tributos monofásicos, em que a cobrança se concretiza em uma só etapa do processo produtivo, não é viável a compensação do tributo pago anteriormente, justamente por inexistir incidência em fase anterior<sup>44</sup>. Realmente, neste caso, não há acúmulo tributário que exija a observância da não cumulatividade.

No caso da importação de produto industrializado por não contribuinte, a regra matriz ocorrerá em apenas uma fase econômica do bem, não havendo continuidade de incidências ao longo da cadeia produtiva. O produto não será objeto de operações futuras, visto que será consumido pelo importador e não posto em circulação. Outrossim, não figurou em negócio anterior, pois inserido no país com a importação, momento em que efetivada a única cobrança a título de IPI.

A operação de importação de produtos industrializados estrangeiros por não contribuintes não está vinculada a ocorrências anteriores ou posteriores de outros fatos jurídicos tributários, perfazendo-se em uma só fase. Não há operações

---

<sup>43</sup>MOREIRA, op. cit., p. 60.

<sup>44</sup>Ibidem, p. 6.

sucessivas ao longo da cadeia econômica do bem, já que a operação com o produto industrializado finda na importação.

Neste ínterim, *Ciro Cardoso Brasileiro Borges* defende que, diante da incidência monofásica não há como visualizar o fenômeno da cumulatividade tributária:

Sucedem-se que não havendo sucessão de fenômenos de incidência de regras-matrizes tributárias da mesma classe sobre fatos jurídicos-tributários de mesma classe em sequência, tendo em vista que a cadeia monofásica se inicia e se perfaz com o acontecimento de apenas um fato jurídico-tributário da respectiva classe, fica prejudicada a visualização do fenômeno da cumulatividade<sup>45</sup>.

Assim, a regra matriz de incidência do IPI na importação não tem aptidão para gerar cadeias plurifásicas, nas quais os fatos jurídicos tributários distintos sucedem uns em relação aos outros, porquanto se tornaria inviabilizada configuração do fenômeno da cumulatividade

Partindo dessas premissas, com a incidência monofásica do IPI na importação realizada por não contribuinte, não há percepção do fenômeno da cumulatividade e, portanto não precisam ser afastados os seus respectivos efeitos. É dizer: não

---

<sup>45</sup> BORGES, *Ciro Cardoso Brasileiro*. **Fenômeno da Cumulatividade e Regras de Não-cumulatividade em face do Sistema Tributário Nacional**. Dissertação de Mestrado da PUC/SP, 2006, p. 35/36.

há cumulatividade a ser evitada, tendo em vista que o IPI incidirá apenas no desembaraço aduaneiro e o produto não figurará como objeto de outras operações já que para uso próprio daquele que o importa.

Liziane Angelotti Meira é incisiva sobre a questão: “A regra da não cumulatividade não se aplica diretamente ao IPI/importação somente porque se trata da primeira operação com o bem industrializado em território brasileiro<sup>46</sup>”. Porém, sendo o importador contribuinte do IPI interno, nas operações subseqüentes poderá usar o crédito do valor pago na importação, pois considerado equiparado a industrial.

Indo adiante, observa-se que pela observância da não cumulatividade a Constituição permite que o contribuinte se desonere dos valores cobrados transferindo o ônus fiscal aos consumidores, pelo mecanismo dos preços das mercadorias. Nesta senda, aquele que industrializa o bem e o transfere na etapa de circulação, não suporta o ônus do imposto, uma vez que o repassa, sucessivamente, até chegar ao consumidor final.

Com efeito, por ser o IPI imposto incidente sobre produtos que serão consumidos pela sociedade, não será aquele que a lei designou ao pagamento do imposto quem suportará em definitivo a carga tributária, pois,

---

<sup>46</sup> MEIRA, Liziane Angelotti. **Integração Regional e Tributos sobre o Comércio Exterior no Mercosul**. Revista da PGFN, v. 01, 2011, p. 7.

inevitavelmente, os custos relativos ao mesmo serão repassados através do preço aos que o consomem.

Outrossim, em vista da plurifasia, quanto maior o número de fases no caminho da produção e distribuição, maior poderá ser o montante do preço acumulado do produto. Porquanto, pretende-se evitar os efeitos danosos dessa cumulatividade evitando uma injusta repercussão nos preço a ser pago quando o produto adentrar o mercado e afetar o próprio consumo que tem como fim.

Seguindo esse raciocínio, a não cumulatividade funciona como mecanismo “facilitador” para que ônus fiscal seja transferido até o consumidor, e “faz com que, do ponto de vista jurídico, o tributo perpassa todas as etapas em que é exigido e, ao cabo, recaia sobre o adquirente final de bens e serviços<sup>47</sup>”.

Visualiza-se, assim, o fenômeno da repercussão econômica do tributo ou translação tributária, segundo o qual o contribuinte não absorve o impacto econômico do imposto repassando ao consumidor final<sup>48</sup>, situação caracterizadora da classificação do IPI como tributo indireto.

O ordenamento permite a transferência do valor do imposto ao consumidor, que suportará financeiramente a

---

<sup>47</sup>MOREIRA, op. cit., p. 84.

<sup>48</sup>COSTA, op. cit., p. 138.

exação, “resultando daí a conclusão que tais tributos não cumulativos se convertem em tributos sobre o consumo”<sup>49</sup>.

O imposto a ser pago deve ser o mesmo, independentemente do número de etapas existentes entre a produção que tenha sido submetido o bem e a sua disponibilização ao consumidor final, a fim de garantir a neutralidade fiscal. A carga tributária deve ser a mesma para todos os envolvidos no processo de industrialização, de modo que a competitividade no mercado seja influenciada por fatores outros, que não a tributação.

Portanto, a não cumulatividade é determinação constitucional para o IPI, levando em conta a sua incidência plurifásica e permitindo ao contribuinte a dedução dos valores devidos com os anteriormente pagos, através de um sistema de creditamento. O caso da importação envolve hipótese de incidência monofásica desse imposto, assim, não reflete qualquer incompatibilidade perante a regra da não cumulatividade, pois nem sequer pode ser visualizado o fenômeno da cumulatividade, pressuposto para o respectivo afastamento dos efeitos<sup>50</sup>.

Além do mais, ainda que a lei tenha estabelecido como contribuinte aquele envolvido no processo de produção do

---

<sup>49</sup> COSTA, op. cit., p. 476.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 173.

bem e que o disponibiliza no mercado, efetivamente quem suporta a carga tributária é o consumidor do produto industrializado. Isto porque o ordenamento permite que esse contribuinte desonere-se dos valores cobrados, situação viabilizada pela observância da não cumulatividade.

### **3. MERCADO INTERNACIONAL E A NECESSÁRIA TRIBUTAÇÃO DOS IMPORTADOS**

O mercado internacional costuma adotar a norma da desoneração das exportações em detrimento da tributação dos importados. Tributando-se a importação evita-se que os produtos estrangeiros entrem no país livres de carga tributária, pois os colocaria em situação de desigualdade frente à produção interna. Por outro lado, com a saída desonerada dos produtos exportados obsta-se que os nacionais adentrem o mercado internacional “carregando” os impostos que lhe afetam dentro do país.

Não por outra razão, a Constituição Federal estabelece a imunidade dos produtos industrializados destinados ao exterior<sup>51</sup>, evidenciando que o Brasil adota o princípio do Estado de destino<sup>52</sup>, escolhendo por onerar o consumo e não a produção.

---

<sup>51</sup>Constituição Federal, art. 153, §3º, III.

<sup>52</sup> Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) – art. XVI.

De acordo com o princípio da tributação no Estado de destino, como o nome já traduz, o gravame será aplicado no destino da mercadoria. O Estado de destino é quem detém a competência para tributar os bens e serviços que serão consumidos em seu território, não levando em consideração o local de produção. Seguindo essa lógica, abstrai-se o local de origem e determina-se o de destino<sup>53</sup>.

Com a implementação do princípio de destino, volta-se a tributação ao consumo interno, inclusive o decorrente de importação<sup>54</sup>. Ao revés, os bens destinados à exportação serão desonerados. Observa, dessa forma, a regra em termos econômicos e comerciais de que não se devem exportar tributos<sup>55</sup>.

O objetivo fundamental do princípio de destino é que a transação internacional seja tributada apenas uma vez no país importador, com a conseqüente exoneração absoluta das imposições já sofridas no país de origem, correspondentes aos estágios anteriores à exportação<sup>56</sup>.

Assim, diante da imunidade do IPI na exportação, o contribuinte credita-se do imposto incidente nas etapas de

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>56</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 202.

produção nacional, evitando que seja embutido no preço todo ônus fiscal sofrido internamente e sendo os produtos submetidos a tributação apenas em seu destino.

Do mesmo modo que se pretende com os impostos indiretos desonerar o industrial e/ou comerciante, permitindo-lhe o repasse do ônus fiscal ao consumidor e garantir, por consequência, a neutralidade na concorrência, não seria pertinente que esses mesmos impostos o afetassem no mercado internacional. Portanto é ideal que os produtos saiam do país livres de impostos.

Igualmente, os importados que cheguem ao país livres devem ter seus ingressos gravados do mesmo modo que os produtos nacionais. Ora, é uma questão de tratamento isonômico, pois, o produto estrangeiro seria inserido no mercado brasileiro em condições mais favoráveis que os nacionais certamente tributados.

Por isso, a tributação deve observar o princípio da isonomia, oferecendo aos produtos importados o mesmo tratamento jurídico dado aos nacionais e viabilizando a circulação dos bens em iguais condições no mercado interno. Certamente, a não tributação das importações colocaria os produtos nacionais em situação de desvantagem frente aos importados, pois estes circulariam desonerados, enquanto aqueles carregando todo ônus fiscal embutido no preço.

Outrossim, a Constituição adota expressamente o princípio da neutralidade, dispondo que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir os desequilíbrios da concorrência<sup>57</sup>. Deve o imposto ser indiferente na competitividade e concorrência, bem como na formação de preços de mercado<sup>58</sup>.

Realmente, enquanto não alcançada a plena integração econômica viabilizada pela harmonização tributária, os países continuarão a adotar o princípio de destino, pois se trata de necessidade de defesa da produção interna em consonância com a isonomia e a equidade.

Com fulcro nessas premissas, a incidência do imposto sobre produtos industrializados na importação não só é legítima, como necessária ao próprio desenvolvimento do país. Porquanto, argumenta-se que: “Seria agressivo à regra da livre concorrência e aos interesses nacionais pôr em posição desfavorável a produção nacional, que sofre incidência do IPI e do ICMS<sup>59</sup>”.

#### **4. INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO POR NÃO CONTRIBUENTES**

---

<sup>57</sup> Constituição Federal, art. 146-A.

<sup>58</sup>BALEEIRO, op. cit., p. 475.

<sup>59</sup>Ibidem, p. 480.

As pessoas físicas que trazem produtos do exterior para utilização própria costumam questionar a cobrança desta exação exigida no desembaraço aduaneiro. Consideram que, muito embora realizem a importação do produto industrializado o fazem como consumidores finais, portanto o produto não será posteriormente comercializado, além de não estarem envolvidos no processo de produção do mesmo, que ocorre fora do país.

No geral, pretendem afastar a exigência do imposto por entenderem que como a importação é realizada por não contribuintes e o produto voltado ao próprio consumo, inexistente etapa de circulação posterior que gere débitos a compensar com o valor pago na entrada do bem, restando prejudicado o postulado da não cumulatividade.

Verdade que, o imposto é cobrado nas operações em que o importador não é contribuinte do IPI incidente sobre as operações internas. Porém, ainda que esses sujeitos não exerçam atividade produtiva ou empresarial relativa aos produtos importados, o momento importação não deve ser tratado como as outras operações que ensejam a incidência do dito imposto.

Após apreciação de muitas idéias, compartilha-se do pensamento de André Mendes Moreira, segundo o qual:

A importação de mercadorias é uma

situação atípica na qual há a concentração, em uma só pessoa (natural ou jurídica), das figuras do contribuinte de *jure* e de *facto*. Afinal, sendo inviável exigir-se que o exportador situado em território estrangeiro recolha ICMS e IPI aos cofres brasileiros, tal cobrança é feita do importador (que paga o tributo que seria devido pelo exportador). Caso o importador não seja contribuinte, ele reunirá as características de contribuinte de *jure* – “por substituição” do exportador situado além-mar – e de *facto*, suportando juridicamente o ônus econômico dos impostos não-cumulativos<sup>60</sup>.

O referido autor evidencia a particularidade da cobrança do IPI no momento do desembaraço aduaneiro, argumentando pela necessária incidência do dito imposto nas importações por não-contribuintes, funcionando estes como “substitutos tributários” daqueles que situados no exterior não podem ser alcançados pelas leis brasileiras. Acrescenta que a exoneração do IPI nas importações realizadas por pessoas físicas, ao mesmo tempo em que fere a igualdade, permite a concessão de benefícios fiscais ao fabricante estrangeiro em detrimento do industrial nacional.

Defende, ainda, a inexistência de ferimento a não cumulatividade, argumento por vezes invocado como

---

<sup>60</sup> MOREIRA, op. cit, p. 208.

obstáculo à consideração da incidência do IPI nesta hipótese, pela impossibilidade do repasse dos valores cobrados posteriormente por meio do preço, já que o importador é o próprio consumidor do produto.

Desse modo, a incidência do IPI quando do ingresso de produtos estrangeiros em território nacional seria plenamente legítima, mesmo quando quem promover a inserção for pessoa física e o produto para utilização pessoal, pois a impossibilidade de recuperação do imposto pago na entrada do bem, por não ser industrial nem equiparado, não impede a observância da não cumulatividade.

Por certo, o pensamento do autor faz todo sentido, tendo em vista que a não cumulatividade pretende evitar que as incidências sucessivas a título do mesmo imposto, nas diversas fases econômicas de um bem, impliquem em ônus tributário elevado, pois repercutiriam nos preços das mercadorias a serem suportados pelos consumidores, desestimulando-os (absolutamente contrário ao que se pretende). Outrossim, se quem promove a importação é o próprio consumidor, este suportará a carga tributária de logo, pois a incidência será única na entrada do produto.

Seguindo esta linha, Leandro Paulsen considera que na importação para próprio consumo, o produto industrializado não figura como objeto de futuras operações que permitam o

creditamento do tributo incidente naquele momento. Salieta o autor:

Note-se que, quando o importador não for contribuinte do IPI, sequer haverá cumulação de incidências a ser evitada. A incidência será única na entrada do produto, qualificando-se o IPI-Importação, no caso, como tributo direto e figurando o importador como contribuinte de direito e de fato, sem que haja qualquer inconstitucionalidade nisso<sup>61</sup>.

Realmente, nos casos das importações referentes a operações realizadas diretamente por pessoas que não são contribuintes e independente da destinação que se dê ao bem importado, a tributação ocorrerá de forma definitiva e sem possibilidade de dedução de valor algum.

Trata-se de situações em que os que realizam a importação não se qualificam como sujeitos passivos em relação à operação de industrialização, não tendo importância o destino a dar ao que se importa. Ademais, nesse caso, buscase equiparar os bens importados com os bens nacionais que poderiam adquirir esse não contribuinte.

Hugo de Brito Machado aponta ser juridicamente possível a cobrança do IPI, considerando o desembaraço aduaneiro como momento que exterioriza o fato gerador,

---

<sup>61</sup>PAULSEN, op. cit., p. 124.

mesmo que o produto não tenha sido industrializado no país, mas no exterior. Em seus termos: “O âmbito constitucional do imposto em tela é o produto industrializado. Basta a existência deste. Não importa onde tenha ocorrido a industrialização<sup>62</sup>”.

Suscita, ainda, a particularidade da incidência na importação pretendendo finalidades legítimas, como a proteção do mercado nacional:

(...) o IPI incidente na importação não pode ser tratado como adicional do imposto de importação. Trata-se de imposto diferenciado, com características próprias, e, principalmente, com finalidade louváveis; a proteção das mercadorias nacionais e a garantia de igualdade e competitividade com os produtos vindos do exterior.

A incidência do IPI na importação afasta a possibilidade de produtos estrangeiros, livres de tributação no país de origem, ingressarem no Brasil com preços inferiores aos dos produtos nacionais<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Misabel Abreu Machado Derzi defende a necessidade de se fazer incidir o IPI nas importações com o fito de resguardar a livre concorrência e os interesses nacionais relativos à produção nacional. Para a citada autora:

A tributação das importações em geral (e da reimportação ou reintrodução no

---

<sup>62</sup> MACHADO, Hugo de Britto, op. cit., p. 77-85

<sup>63</sup> Ibidem, p. 77-85.

território nacional de produtos nacionais exportados) sujeita-se a incidência do IPI e do ICMS. É que ambos devem ser neutros, não podendo provocar distorções nas leis de concorrência e competitividade<sup>64</sup>.

Constitui, assim, modo de proporcionar que o produto estrangeiro circule em iguais condições com o produto nacional, levando em conta o potencial do IPI como instrumento capaz de interferir e gerar repercussões no plano do desenvolvimento nacional.

De forma muito pertinente Liziane Angelotti Meira argumenta que a Constituição oferece a base para instituição e cobrança do IPI na importação pela cláusula do tratamento nacional combinado com os princípios constitucionais que a respaldam, como o princípio da igualdade, do interesse público coletivo, do interesse nacional, a livre concorrência, a busca pelo pleno emprego, bem como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Completa a autora que:

(...) a previsão constitucional do IPI em conjunto com os princípios que garantem isonomia, livre concorrência, proteção do emprego nacional, livre iniciativa e dignidade da pessoa humana

---

<sup>64</sup>DERZI, Misabel Abreu Machado. **Fundamentos da Tributação Ampla das Importações pelo ICMS e pelo IPI**. Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 69, jun/2001, p. 326-340.

não apenas autoriza mas exige que os bens importados tenham o mesmo ônus dos nacionais, ou seja, exige a instituição e cobrança do IPI na importação nos mesmos moldes do IPI interno<sup>65</sup>.

De fato, ainda que a Constituição não se refira expressamente à operação estudada, a cobrança do IPI na importação está de acordo com o contexto principiológico que a mesma abarca.

Conclui-se, então, pela legitimidade do IPI na importação. Essa incidência deverá alcançar todas as operações, ainda que o importador seja não contribuinte, pessoa física ou jurídica, e seja qual finalidade for dada ao produto importado, de modo que o importador, enquanto consumidor final do bem suportará o ônus fiscal.

#### **4.1. SISTEMÁTICAS DISTINTAS PARA O IPI E O ICMS**

A partir da Emenda Constitucional de nº 33/2001 as importações passaram a se sujeitar ao ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não contribuinte habitual do imposto,

---

<sup>65</sup> MEIRA, op. cit, p. 6.

qualquer que seja sua finalidade, assim como sobre serviço prestado no exterior<sup>66</sup>.

Com a edição da referida emenda tornou-se prejudicado entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal que afastava a incidência do ICMS na importação de bens por pessoa física jurídica não-contribuinte do imposto<sup>67</sup>. Por sua vez, como a Emenda Constitucional n. 33/2001 nada versou sobre o IPI, os argumentos esposados para deslegitimar a sua cobrança na importação por não contribuintes permaneceram.

Sinteticamente, as alegações pela não-incidência fundam-se na inviabilidade da observância da não cumulatividade. Consideram que o importador que não exerce atividade empresarial vê-se diante de operação incapaz de gerar créditos a serem repassados ao longo da cadeia produtiva.

Seguindo essa linha, os consumidores finais, enquanto contribuintes não habituais da exação, não poderiam recuperar o valor pago na entrada dos bens, a qual recairia exclusivamente sobre os mesmos, tornando-a cumulativa. Desse modo, o postulado da não cumulatividade restaria

---

<sup>66</sup> Constituição Federal, art. 155, IX, “a”.

<sup>67</sup>Súmula 660 do STF - Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.

inviabilizado pela impossibilidade de aplicar a técnica que lhe garante por meio do sistema de creditamento.

Assim, diante do silêncio constitucional, alguns autores persistiram em afastar a cobrança da exação na importação, argumentando basicamente que, se a Constituição assim que quisesse, assim teria estabelecido. José Eduardo Tellini Toledo é incisivo a respeito do tema:

Se o legislador constitucional tivesse a intenção de que o IPI alcançasse produtos industrializados no exterior, assim teria disposto, como fez em relação ao ICMS (onde o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de incidência desse imposto ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior)<sup>68</sup>.

Cumprir observar que, tanto o IPI como o ICMS enquadram-se como tributos sujeitos à sistemática não cumulativa. Ademais, são incidentes sobre a produção nacional e oneram efetivamente o consumo, por conseguinte, quando incidentes na importação pretendem o mesmo fim, que é garantir a isonomia frente aos produtos e serviços nacionais.

José Afonso Silva, inclusive, sustenta a identidade econômica entre os mencionados tributos a ponto de se confundirem:

---

<sup>68</sup>TOLEDO, op. cit., p. 75.

Uma análise mais profunda, do ponto de vista econômico, mas até sob certos aspectos jurídicos, demonstrará que estes dois impostos têm a mesma natureza. Rigorosamente, não constituem mais que um só tributo em essência, e só diferem nominalmente e em aspectos secundários. Examinem-se os fatos geradores de ambos e não se vislumbrará diferença fundamental. Dir-se-á que se trata de um e único imposto, bipartido entre a União e os Estados<sup>69</sup>.

Rigorosamente, o IPI e o ICMS distinguem-se apenas pelo fato de o primeiro pressupor uma operação de industrialização, da qual resultará a mercadoria, a ser comercializada<sup>70</sup>.

Essa semelhança é reconhecida pela própria Constituição Federal<sup>71</sup> ao estabelecer que o ICMS não compreenda em sua base de cálculo o montante do IPI quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou a comercialização, configurar fato gerador dos dois impostos<sup>72</sup>.

Trata-se de tributos identificáveis entre si (ainda que não absolutamente), por serem indiretos e que devem observar

---

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso. **Tributos e Normas de Política Fiscal na Constituição do Brasil**. São Paulo: 1968, p. 195-196.

<sup>70</sup> BOTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200., p. 31.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>72</sup> Constituição Federal, art. 155, §2º XI.

a não cumulatividade. Esta, por sua vez, não é inviabilizada na importação, mesmo que ausente etapa de circulação posterior do bem que se importa. Portanto, revelam-se afinidades e por isso questiona-se o porquê afasta-se a incidência do IPI, ao mesmo tempo em que se determina a necessária incidência do ICMS.

Dessa forma, não faz sentido que se afaste a incidência do IPI na importação, sobre o argumento de violação a não cumulatividade, se o ICMS incide, necessariamente, no mesmo momento, sem causar nenhum prejuízo a não cumulatividade. Por certo, onde prevalece à mesma razão deve ser aplicada a mesma regra de direito<sup>73</sup>.

#### **4.2. POSICIONAMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.396.488/SC<sup>74</sup>, em sede de recurso repetitivo, firmou entendimento, segundo o qual não incide IPI no desembaraço aduaneiro de veículo importado por consumidor para uso próprio.

De acordo com o referido julgado, o fato gerador da incidência do tributo é o exercício de atividade mercantil ou

---

<sup>73</sup> Clássico aforismo jurídico: “*Ubiademratio ibi idem jus*”.

<sup>74</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.396.488-SC, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25/2/2015, DJe 17/3/2015. Informativo Nº: 557; Período: 5 a 18 de março de 2015.

assemelhada, de maneira que o consumidor que importa o veículo para uso próprio, sem fins comerciais, não exerce atividade mercantil e assim não pode ser enquadrado na hipótese de incidência do IPI.

Ademais, a própria aplicação do princípio da não cumulatividade afastaria a incidência do imposto, pois o seu abatimento em operação posterior não poderia ser realizado, por envolver importação feita por consumidor, em desacordo com a sistemática prevista pelo Código Tributário Nacional<sup>75</sup>.

Data vênia, a análise da legislação não permite aferir se o importador deve exercer atividade industrial, tampouco se o produto importado deve ter finalidade comercial ou não.

O Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do RE 723651/PR apreciou o tema, fixando o seguinte entendimento: "Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio".

O recurso foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que considerou legítima a cobrança do IPI relativamente à importação de veículo automotor. De acordo com este, a destinação final do bem não tem relevância para a definição da incidência do tributo, pouco

---

<sup>75</sup> Código Tributário Nacional, art. 49.

importando se o adquirente é pessoa natural consumidora definitiva do produto. Além do mais, entendeu inexistir ofensa ao princípio da não cumulatividade, pois o importador atua como substituto tributário do exportador não tributado pelas leis brasileiras. Assim, coube ao Supremo decidir a respeito da incidência ou não do IPI nas importações de bens para consumo próprio realizadas por não contribuintes do imposto.

O relator ministro Marco Aurélio negou provimento ao referido recurso extraordinário observando que a Constituição Federal não estabelece imunidade aos importados, alcançando apenas os produtos industrializados que sejam exportados. Destacou a inexistência de qualquer distinção entre o contribuinte ser pessoa física ou jurídica, bem como a irrelevância do fato de o importador exercer atividade comercial ou adquirir o produto para uso próprio<sup>76</sup>.

Sustentou, ainda, que a cobrança do tributo, pela vez primeira, não implica a cobrança em cascata, situação vedada pelo princípio da não cumulatividade. Assim sendo, o referido princípio é cabível apenas diante da incidência seqüencial do mesmo tributo e tratando-se de importação de bem para uso pessoal por pessoa natural ou por pessoa jurídica, não há que

---

<sup>76</sup>Supremo Tribunal Federal, RE n. 723.651/ PR, Relator p/ acórdão Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE723651.pdf>;

se cogitar de alienação posterior sujeita à incidência do IPI. Porquanto: “(...) pressupõe, sempre e sempre, a existência de operações seqüenciais passíveis de tributação”.

Com efeito, a não incidência do IPI nesses casos restaria pelo reconhecimento de isenção sem lei autorizadora, razão pela qual apontou que: “O princípio da não cumulatividade não pode ser invocado para lograr-se, de forma indireta, imunidade quanto à incidência tributária<sup>77</sup>”.

Ademais, suscitou questões relacionadas ao desejado tratamento igualitário e a harmonia de valores, considerando que:

Políticas de mercado, visando à isonomia, devem ser conducentes a homenagear, tanto quanto possível, a circulação dos produtos nacionais, sem prejuízo, evidentemente, do fenômeno no tocante aos estrangeiros. A situação estaria invertida se, simplesmente, desprezando-se a regência constitucional e legal, fosse assentado que não incide o imposto em produtos industrializados de origem estrangeira, fabricados fora do país e neste introduzido via importação<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup>RE n. 723.651/ PR

<sup>78</sup>RE n. 723.651/ PR.

Pelos argumentos expostos, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator negou provimento ao recurso extraordinário. Essa pacificação do tema representa mudança da jurisprudência do STF, uma vez que havia precedentes das duas Turmas em sentido contrário, pautando-se no caso da incidência do ICMS na importação de mercadorias por pessoa não contribuinte do imposto.

Os pontos relacionados no julgado no STF estão em total consonância com o reconhecimento da viabilidade da incidência tributária defendida neste estudo. Apesar dos argumentos contrários, tornou-se evidente a constitucionalidade em questão, bem como foram afastadas as corriqueiras alegações de inobservância da não cumulatividade pela impossibilidade de creditamento e a desqualificação da pessoa física importadora como contribuinte do IPI.

## **5. CONCLUSÃO**

Constatou-se que o IPI incidente nas importações abarca certas particularidades em sua estruturação normativa e merece tratamento distinto ao conferido as outras hipóteses de incidência. Portanto, suscitou-se a legitimidade da cobrança pela União do IPI no desembaraço aduaneiro de produtos estrangeiros.

Essa vinculação do IPI às importações facilita a aplicação de mecanismos como a tributação no Estado de destino. Não por outra razão, o Brasil segue este princípio, escolhendo por onerar o consumo e não a produção. Estabelece-se a imunidade dos produtos industrializados destinados ao exterior e os produtos saem livres dos impostos incidentes na produção interna, submetendo-se a tributação em seu destino.

Diante da imunidade dos exportados, imperioso reconhecer a necessária tributação dos importados na perspectiva da Constituição Federal. Envolve não só uma questão de isonomia, mas está de acordo a neutralidade pretendida constitucionalmente.

Nos casos das importações realizadas por aqueles que não se qualificam como sujeito passivo em relação à operação de industrialização independe a destinação que se dê ao bem importado; a tributação ocorrerá de forma definitiva e sem possibilidade de dedução de valor algum. Assim, busca-se equiparar os bens importados com os bens nacionais que poderiam adquirir esse não contribuinte.

A impossibilidade de recuperação do imposto pago na entrada do bem, por não ser industrial, nem equiparado, não reflete qualquer incompatibilidade perante a regra da não cumulatividade, porque se trata de incidência monofásica do

IPI, portanto nem sequer pode ser visualizado o fenômeno da cumulatividade, pressuposto para o respectivo afastamento dos efeitos.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro** - atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 12ª ed. São Paulo: Método Forense, 2013. p. 468.

BECKER, Alfredo Augusto, **Teoria Geral do Direito Tributário**, 6ª ed., São Paulo: Noeses, São Paulo, 2013, p. 350

BORGES, Ciro Cardoso Brasileiro. **Fenômeno da Cumulatividade e Regras de Não-cumulatividade em face do Sistema Tributário Nacional**. Dissertação de Mestrado da PUC/SP, 2006, p. 35/36.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200., p. 31.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra Matriz de Incidência do Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros**. op. cit, p. 67

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Não-Cumulatividade Tributária**/ Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459/460

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: 2015, p. 292.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Fundamentos da Tributação Ampla das Importações pelo ICMS e pelo IPI**. Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 69, jun/2001, p. 326-340

FOLLONI, André Parmo, **Tributação Sobre o Comércio Exterior**, São Paulo: Dialética, 2005, p. 128

MACHADO, Hugo de Britto. **O IPI e a importação de produtos industrializados**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 69, jun/2001, p. 82

MEIRA, Liziane Angelotti. **Integração Regional e Tributos sobre o Comércio Exterior no Mercosul**. Revista da PGFN, v. 01, 2011, p. 7.

MOREIRA, André Mendes. **A Não-Cumulatividade dos Tributos**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, pp. 208-209.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 90

SILVA, José Afonso. **Tributos e Normas de Política Fiscal na Constituição do Brasil**, São Paulo: 1968, p. 195-196

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.396.488-SC, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25/2/2015, DJe 17/3/2015. Informativo Nº: 557; Período: 5 a 18 de março de 2015

Supremo Tribunal Federal, RE n. 723.651/ PR, Relator p/ acórdão Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE723651.pdf>;

TOLEDO, José Eduardo Tellini Toledo, **IPI – Incidência Tributária e Princípios** Constitucionais. São Paulo: QuartierLatin, 2006

TORRES, Heleno – Coordenação. **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 283

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



---

## CAPÍTULO VI

### DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PRECEDENTE JUDICIAL: A INTERFERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Diego de Lima Leal\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do positivismo jurídico ao precedente judicial; 3. O significado dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro; 4. Conceitos e comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro; 5. Considerações finais.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo estudar, por meio de uma pesquisa assentada em revisão bibliográfica e comparação de sistemas jurídicos, que o direito brasileiro sofre constantes e importantes influências do direito e de teorias de outras nações que não pertencem à tradição jurídica da *civil law*, da qual o direito brasileiro faz parte. Assim, primeiramente, buscou-se compreender de que forma se deu a interferência dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o significado dos precedentes no *civil law* brasileiro, trazendo conceitos e realizando comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais em um ordenamento filiado à *civil law*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedente Judicial; Positivismo Jurídico; *Civil Law*; *Common Law*.

**ABSTRACT:** This present work aims to study, by means of a research based on bibliographic review and comparison of

---

\* Acadêmico de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) – Campus I e estagiário do Ministério Público Federal (MPF).

legal systems, that Brazilian law is constantly affected by important influences of law and of theories of other nations outside the *civil law* tradition, which Brazilian law takes part. So, initially, sought to understand how occurred the interference of judicial precedents in the Brazilian legal system, as well as the significance of precedents in Brazilian *civil law*, bringing concepts and necessary comparisons to understand the role of judicial precedent in an affiliated raking *civil law*.

**KEYWORDS:** Judicial Precedent; Legal Positivism; *Civil Law*; *Common Law*.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é relatar como se deu a introdução dos precedentes judiciais no positivismo jurídico brasileiro, trazendo a concepção e o significado dos precedentes judiciais em um ordenamento jurídico filiado à *civil law*, assim como conceitos e comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais no Brasil, evitando, desta forma, que os juristas confundam institutos consagrados do direito brasileiro (coisa julgada e jurisprudência, por exemplo) com os precedentes judiciais. E muito menos que se utilizem das tão conhecidas ementas como se precedentes fossem, como ocorre corriqueiramente na *práxis* forense.

Além disso, abordar-se-á o papel do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo para essa

guinada à valorização dos precedentes judiciais, assim como a forma que a superação do juiz *bouche de la loi* (boca da lei) contribuiu para essa importância dada aos precedentes judiciais.

## 2. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PRECEDENTE JUDICIAL

O positivismo jurídico originou-se da tradição jurídica romano-germânica, conhecido comumente como *civil law*, do qual o sistema jurídico brasileiro é signatário. No entanto, para se compreender o positivismo jurídico brasileiro, faz-se necessário, inicialmente, compreender como se deu sua formação, quais foram as suas bases teórico-filosóficas, muitas decorrentes do que a colonização portuguesa trouxe para *terrae brasilis*, em virtude das influências outrora sofridas pelo país ibérico de outras nações da Europa Continental, sobretudo da França e da Alemanha.

Nesta perspectiva, HANS Kelsen (1998, p. 01) concebe o Direito livre de todos os elementos que não lhe são próprios, livre, assim, de quaisquer concepções sociológicas ou valorativas. Do mesmo modo, afirma o autor:

Quando a si própria se designa como “Pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito

e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1998, p. 01)

Ademais, o jurista e filósofo austríaco tenta conceber um Direito puro, límpido, sem interferências externas, sobretudo da moral, repudiando sua aplicação ao Direito, chegando a afirmar que uma norma não é válida por ela ser justa, mas porque ela buscou seu fundamento de validade em uma norma superior que buscou em outra norma superior e assim sucessivamente até se chegar à *norma fundamental*, localizada no ápice da pirâmide. Destarte, o teórico concatena:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1998, p. 139)

Deste modo, nota-se que o pensamento positivista kelseniano refuta as influências advindas da sociologia, da política, da moral, bem como da filosofia. Trata-se, em verdade, de uma teoria de normas escalonadas sob o manto da hipotética *norma fundamental* que dá o fundamento de validade para a existência e aplicabilidade das outras. Contudo, sobre a natureza dessa *norma fundamental*, o teórico alemão assevera:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos, sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. (KELSEN, 1998, p. 142)

Assim, a *norma fundamental* a que o jurista austríaco alude é a Constituição de um Estado, a Lei Maior de uma determinada nação, a qual todas as outras normas devem buscar seu fundamento de validade, evitando, assim, contrariá-la seja violando-a materialmente ou formalmente, sob pena de não ter qualquer eficácia e aplicabilidade no contexto no qual está sendo inserida.

Todavia, GUIDO FERNANDO SILVA SOARES (1997, p. 173) critica o positivismo jurídico trazendo à baila os perigos que há em tal tipo de sistema, pois se refere ao culto inconsequente à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida pela sua própria rigidez arquitetônica, por ela mesma válida, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, mas com um acentuado desprezo pelos resultados na vida prática.

Contudo, falar de positivismo jurídico, sem falar na dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo, é pular uma das etapas mais importantes para se chegar ao conteúdo do positivismo jurídico. Essa dicotomia já existia tanto na Roma Antiga (Código de Justiniano), quanto na Grécia Antiga, pois, na primeira, por exemplo, havia entre os teóricos a ideia de *jus gentium* e *jus civile*, que correspondem às distinções entre direito natural e direito positivo, respectivamente.

E para diferenciá-los, NORBERTO BOBBIO (1995, p. 18) assevera que o direito positivo limita-se a um determinado povo e é posto por esse mesmo povo, por outro lado, o direito natural não tem limites e é posto pela *naturalis ratio*. Assim, o direito natural é, ao contrário do direito positivo, um direito que não conhece limites geográficos.<sup>1</sup>

Ademais, BOBBIO (1995, p. 27) relata que o processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos tem como escopo a compilação de Justiniano (o *Corpus Iuris Civilis*), pois o Direito Romano era tipicamente um direito de “formação social”. Entretanto, o direito romano foi perdendo forças na Europa Ocidental durante a Alta Idade Média, sendo substituído paulatinamente pelos costumes

---

<sup>1</sup> O direito natural é caracterizado por ser estanque, isto é, imutável, o direito positivo muda com o passar do tempo, adequando-se às novas conjunturas políticas, sociais e econômicas. Frise-se também que o primeiro tem na sua aplicabilidade um caráter universal, já o segundo aplica-se apenas a uma determinada localidade em certo lapso temporal. Não obstante, BOBBIO (1995, p. 25) deixa claro que as duas espécies de direito supracitadas não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou quantificação, mas são postas apenas em planos diferentes. Todavia, BOBBIO (1995, p. 25) relata que, na Idade Média, a relação entre as duas espécies de direito se inverte, pois enquanto na Antiguidade Clássica o direito positivo era visto com supremacia, na época dos senhores feudais, o direito natural passa a ser considerado superior ao positivo, já que não se tratava mais de um direito comum, mas de norma fundada na própria vontade de Deus ou, como dizia o apóstolo São Paulo, *a lei escrita por Deus nos corações dos homens*. Afiança ainda o teórico que desta concepção de direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.

locais e pelo novo direito advindo das populações germânicas (comumente conhecidos como “bárbaros”).

Porém, apesar da perda de importância do positivismo jurídico no período medieval, o mesmo ressurgiu com a Escola Jurídica da Bolonha e difundiu-se, segundo BOBBIO (1995, p. 30) não apenas nos territórios sobre os quais já havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este, sobretudo na Alemanha, onde ocorreu, no início da Idade Moderna, o fenômeno da “recepção” que fez com que o direito romano penetrasse profundamente na sociedade alemã.

Na Alemanha, surgiu, dentre outras, a “Escola Histórica do Direito” como predecessora do positivismo jurídico, que se difundiu no final do século XVIII e o começo do século XIX, tendo como maior expoente Savigny. BOBBIO (1995, p. 45) é enfático em afirmar que a “escola histórica” e o “positivismo jurídico” não são a mesma coisa; todavia, a primeira preparou o segundo por meio de uma crítica radical e incisiva ao direito natural.

Esta escola, também denominada de “historicismo”, tem como principal característica, segundo o jurista, considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em contraposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade

no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata.

Outrossim, emergiu na Alemanha um movimento pela codificação que para BOBBIO (1995, p. 55) representou o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento juspositivista, já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado. Tal ideia foi acolhida pelas monarquias absolutistas do século XVIII, sendo estas a expressão máxima de um movimento conhecido como *despotismo esclarecido*, onde o Estado era conduzido com base em princípios iluministas.

Na França, com a entrada em vigor do Código Napoleônico, em 1804, houve uma sedimentação da ideia de positivismo jurídico como um conjunto de normas codificadas. Havia, antes do Código Napoleônico, ampla desconfiança com relação às atividades exercidas pelos magistrados, pois suas decisões eram comumente concebidas sob o manto da corrupção e sempre atendiam aos desejos das classes mais altas, sobretudo da nobreza. Desse modo, o Código Napoleônico surge como um contraponto à atividade judicante corrupta, transformando o juiz em mero aplicador da lei, sendo que a atividade criadora do direito passou a ser exclusiva do Poder Legislativo.

BOBBIO (1995, p. 63 e 64) afirma se tratar de um acontecimento fundamental a entrada em vigor deste Código, que teve larga repercussão e determinou uma intensa influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo, pois o Código de Napoleão teve um alcance fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, já que os códigos de muitos países foram modelados com base nele, principalmente das ex-colônias europeias na América e na África.

Nesta linha, BOBBIO (1995, p. 131, 132, 133 e 134) elenca sete características traduzidas em pontos ou problemas fundamentais para se entender a doutrina juspositivista. São eles: 1) o positivismo considera o direito um conjunto de fatos, de fenômenos e de dados sociais e não como um valor; 2) o juspositivismo define o direito em função do elemento de coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito; 3) o problema relativo às fontes, onde o positivismo jurídico vislumbra a lei como fonte imediata do direito, mas sem deixar de lado a importância dos costumes e do direito produzido pelos tribunais; 4) o positivismo considera a norma como um comando, surgindo a *teoria imperativa do direito*; 5) o quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*, em que se preconiza uma estrutura normativa vislumbrada em conjunto de forma coordenada. 6) o sexto ponto diz respeito aos

problemas de interpretação do direito, pois o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, onde o jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; 7) o sétimo e último ponto diz respeito à obediência cega da lei enquanto tal.

O positivismo jurídico brasileiro sofreu influências tanto das escolas e teóricos do positivismo francês, quanto do alemão (austríaco). JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA (2007, p. 07) afirma que as ideias positivistas no Brasil ganharam visibilidade dentro da Escola Militar e da Escola Politécnica, na segunda metade do século XIX, tendo como maiores representantes do positivismo brasileiro os teóricos Miguel Lemos e Teixeira Mendes. Muitos positivistas ocuparam cargos públicos de relevo na organização burocrática do Estado brasileiro da época, mas gradativamente tiveram suas ideias derrotadas pelo liberalismo político capitaneado pelo jurista e político Rui Barbosa.

Entretanto, nos dias atuais, o positivismo jurídico no Brasil passa por uma crise de identidade, pois, nas palavras de SOUZA (2007, p. 18), “o direito vem servindo ao Estado como forma de sustentação de um modelo de exclusão e opressão”, fazendo com que o Brasil enfrente sérios problemas de ordem social decorrentes da figura de um Estado mínimo, em virtude das práticas neoliberais. Trata-se de um modelo

jurídico que não mais se sustenta na atualidade, seja em virtude das constantes conquistas de direitos, seja na busca pela efetividade desses direitos, outrora relegados ou não previstos na ampla malha legislativa brasileira e que hoje são pleiteados cotidianamente nos tribunais pátrios.

Nessa perspectiva, com as práticas neoliberais e a globalização, o Brasil passou a ter cada vez mais conexão com os ordenamentos jurídicos de outros países, sobretudo dos países considerados de Primeiro Mundo (EUA, Japão, Austrália e boa parte da Europa). Essa interdependência proporcionou uma troca constante de bens, valores, informações e experiências nas mais diversas áreas das ciências, incluindo o Direito.

Ademais, as incongruências existentes em um sistema jurídico que concebe o magistrado apenas como *bouche de la loi* se acirraram com o tempo, obrigando o Estado a rever suas construções jurídicas de forma a oferecer aos seus cidadãos uma prestação jurisdicional condizente com os princípios estruturantes do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com os princípios da segurança jurídica, devido processo legal, o acesso equânime à justiça e a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, surge a ideia do precedente judicial, seja com as reformas empreendidas na legislação processual civil desde a década de 1970, seja com a inserção de institutos na

Constituição Federal de 1988 com o objetivo de amenizar as incongruências existentes em um sistema jurídico originário da *civil law*, possibilitando a sua evolução. Uma evolução que visa atribuir mais coerência, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema jurídico brasileiro, aproximando-o da teoria dos precedentes judiciais da *common law*.

LUIZ GUILHERME MARINONI (2013, p. 60 e 61) afirma que a evolução da *civil law* deu-se com a onda constitucionalista, onde os juízes passaram a ter um poder parecido com o poder que o juiz inglês tem na *common law*, assim como, com o poder que o juiz norte-americano tem ao realizar o controle de constitucionalidade de lei que está sendo objeto de determinada controvérsia. Poderes que outrora o magistrado brasileiro não gozava em virtude da adoção de um positivismo seco, inflexível, onde o juiz não era considerado um ser pensante, isto é, o juiz era apenas a *bouche de la loi*, uma herança da Revolução Francesa que em nada contribuiu para a evolução do direito.

Cumprе anotar que é inegável o papel que o instituto da súmula vinculante exerceu para a ampliação dos debates acerca da temática, assim como as reformas empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos tempos, o que alguns doutrinadores denominam de *commonlawlização* do direito brasileiro, isto é, implementação de elementos da

*common law* no direito brasileiro, tais como a valorização das decisões dos tribunais superiores.

Contudo, qualquer tentativa de assemelhar as súmulas (comuns ou vinculantes) à doutrina dos precedentes judiciais ou do *stare decisis*, beira a um absurdo jurídico inestimável. Com efeito, estes e outros contrastes serão dirimidos nos próximos tópicos. Assim como, o significado dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro.

### **3. O SIGNIFICADO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CIVIL LAW BRASILEIRO**

Com disseminada *commonlawlização* do direito brasileiro, isto é, com a valorização da jurisprudência criativa dos Tribunais pátrios como fonte do direito, vislumbrou-se sinais fortes da ideia de precedentes judiciais no Brasil, principalmente aqueles considerados obrigatórios (vinculantes). Todavia, há, na doutrina, divergências quanto à existência de uma cultura de precedentes no Brasil, até porque o ordenamento jurídico brasileiro é filiado à família da *civil law*, mas com doses de *common law*, assim como ordenamentos jurídicos de outros países. Os EUA, por exemplo, não são genuinamente *common law*, trata-se, assim como o Brasil, de um sistema jurídico híbrido, com porções de *civil law* e de *common law*.

Sobre essa *commonlawlização* do direito nacional, SÉRGIO GILBERTO PORTO (2015, p. 08) registra que se trilhou esse caminho em virtude da constatação da importância que a jurisprudência vem ganhando no cenário jurídico nacional, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm ganhando valor no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo através do crescente prestígio da corrente de pensamento que valoriza a função inventiva do juiz.

Outrossim, o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo trouxeram um impacto deveras importante sobre o *civil law* brasileiro. O juiz que outrora era mero *bouche de la loi*, passou a criar o direito para o caso concreto, ao invés de ser meramente um revelador do direito que fora anteriormente estabelecido pelo legislador, sobretudo quando se depara com casos em que não há previsão normativa que o solucione.

No entanto, para MARINONI (2013, p. 60 e 61) há uma vontade em tornar completamente irrelevante o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz por parte da doutrina que vê esse papel como uma violação a um dos princípios basilares da República: o princípio da separação dos poderes. E aduz ainda que há uma certa dificuldade em perceber que a tarefa do juiz da *civil law*, nos dias atuais, está muito próxima da exercida pelos magistrados na *common law*.

Cumprе salientar que foram as reformas empreendidas nos últimos tempos, no âmbito do Código de Processo Civil, que introduziram a ideia de precedentes judiciais obrigatórios (vinculantes) no Brasil, e também a Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional 45/2004 contribuíram para promover profundas alterações na sistemática jurisprudencial brasileira, bem como na função exercida pelos Tribunais Superiores, Tribunais dos Estados e DF e pelo juiz singular, para conferir credibilidade, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema jurisdicional.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (2012, p. 12 e 13) propõe uma teoria normativa do precedente judicial, onde uma teoria procedimental da argumentação jurídica com precedentes judiciais é concebida para atender às demandas de racionalidade das decisões judiciais. Em outras palavras, o jurista fornece parâmetros metodológicos para estabelecer uma forma de se trabalhar com precedentes, especialmente uma maneira de extrair normas jurídicas desse tipo de fonte do direito para usá-las na posteridade, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos.

Para isso, BUSTAMANTE (2012, p. 13 e 14) usa como fundamento a Filosofia do Direito para institucionalizar parâmetros, normas e métodos de argumentação com o fito de racionalizar a prática de se seguir precedentes judiciais. E

afirma que a conexão entre o Direito e Racionalidade é essencial para a cultura de respeito aos precedentes. Por conseguinte, aduz que não só de argumentos filosóficos se sustentam os precedentes judiciais, mas também de duas constatações, ambas presentes no *civil law* brasileiro.

A primeira diz respeito à exigência das constituições contemporâneas dos Estados democráticos de se fundamentar suas decisões judiciais. Tal exigência, no Brasil, é prevista no art. 93, inciso IX<sup>2</sup> da Constituição Federal de 1988, onde contém um mandamento obrigando a publicidade dos julgamentos e a fundamentação das decisões. Trata-se de um princípio constitucional-processual alçado à categoria de direito fundamental, que, caso seja desrespeitado, tornará a decisão nula. Esse princípio foi alçado à categoria constitucional em virtude das mesmas razões que propiciaram a Revolução Francesa: o repúdio à prática arbitrária, elitista e corrupta dos magistrados e Cortes de Justiça.

Sobre o fato do princípio da motivação das decisões se tratar de um direito fundamental, são concisas as palavras de WILSON ALVES DE SOUZA (2012, p. 284), ao assegurar

---

<sup>2</sup> **Art. 93.** [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente à estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

que mesmo não previsto no capítulo atinente aos direitos fundamentais, não quer dizer que a carta constitucional não garanta tal direito. E finaliza:

[...] a motivação das decisões judiciais se insere no princípio do processo devido em direito. Isso significa dizer, que não atende ao princípio do processo devido em direito – este, inquestionavelmente, um direito fundamental, sob todos os aspectos – um Estado que permita aos seus juízes decidir a respeito da vida, da liberdade, da propriedade e demais bens das pessoas, sem motivação, em atenção, especialmente, às partes, e à sociedade, ainda mais quando tal Estado se proclama democrático de direito. (SOUZA, 2012, p. 284 e 285)

A segunda constatação de BUSTAMANTE (2012, p. 15) diz respeito à constitucionalização das grandes questões de justiça. O neoconstitucionalismo alçou à categoria de norma constitucional, isto é, positivou o que outrora pertencia ao jusnaturalismo. Houve, deste modo, uma constitucionalização de princípios e direitos fundamentais essenciais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como previsto pelo Art. 3º, inciso I<sup>3</sup> da Constituição Federal de 1988, assentada

---

<sup>3</sup> **Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

nos lemas da Revolução Francesa: *Liberté–Egalité–Fraternité*.

Em linha diametralmente oposta, GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA (2015, p. 231 e 232) assevera que o Brasil jamais teve uma cultura que valorizasse os precedentes. Para corroborar essa afirmação, o autor assegura que isso decorre do ensino jurídico nas universidades, que prestigiam o ensino do direito como direito positivado, e não o direito tal como visto pelos Tribunais, como ocorre nos países filiados à *common law*. Além disso, o ensino jurídico brasileiro é assentado em doutrinas que explicam e exemplificam a legislação em vigor.

Além dessa crítica contundente, NOGUEIRA (2015, p. 232 e 233) afiança que, com a mudança de composição dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho), abre-se a possibilidade de alterar a jurisprudência já estabilizada, pois os novos ministros objetivam expor ao Tribunal a sua visão particular de como o Direito deve ser entendido e aplicado, sem se preocupar com a opinião já sedimentada por seus antecessores. O autor assevera ainda que nem os próprios Tribunais respeitam seus precedentes, pois é possível encontrar inúmeros precedentes que corroboram ora a tese sustentada pela parte autora, ora

pela parte ré, o que proporciona uma insegurança jurídica inadmissível em tempos de neoconstitucionalismo e *commonlawlização* do direito brasileiro.

Ademais, NOGUEIRA (2015, p. 237) também sustenta que no Brasil há Súmulas e Precedentes em excesso, havendo uma utilização imprópria dos mesmos. Para confirmar isso, avaliza que:

Não é raro ver decisões do STJ e do STF que não fazem a comparação analítica dos casos que estão julgando com o precedente. Transfere-se para a parte interessada o ônus de, após o julgamento do seu caso, procurar o precedente e tentar entender porque o mesmo foi invocado para justificar aquela decisão proferida. Em que pese ser uma prática comum nos Tribunais, com ela não podemos concordar, posto que passa para a parte um ônus que era dever do Tribunal: fundamentar a decisão. (NOGUEIRA, 2015, p. 237)

Em seguida, garante que a função dos precedentes na *common law* é diversa da *civil law* brasileira, pois, enquanto, no Brasil, os precedentes são utilizados para acelerar o tempo necessário para julgar um recurso, na *common law* são primordialmente usados como fonte do direito, o que faz a decisão que se estabeleça como precedente ter uma formatação completamente diferente. Na *common law*, consoante o autor, há um cuidado sensivelmente maior em julgar o caso concreto

baseado em precedentes, já que o Tribunal trabalha com o precedente como fonte do direito, e não como técnica de aceleração do julgamento dos recursos, como no Brasil.

NOGUEIRA (2015, p. 237 e 238) elenca uma gama de sugestões para se instalar em terras brasileiras uma cultura de respeito aos precedentes próxima ou semelhante à instalada nos países vinculados à *common law*. Dentre as sugestões elencadas, estão a redução da importância, quiçá eliminação das súmulas, sejam vinculantes ou comuns. Para isso, utiliza o argumento de que as súmulas têm a pretensão de sintetizar uma *ratio decidendi* extraída dos precedentes escolhidos para justificar a sua edição em poucas linhas. Assim, é incongruente conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente judicial, pois acaba provocando uma má aplicação e conseqüentemente diminui sua força, já que há uma desvinculação da súmula com relação ao fato que a originou.

Nesse sentido, os Tribunais brasileiros deveriam valorizar mais seus precedentes, não os superando sem as técnicas corretas e a devida cautela, fazendo uma distinção adequada e precisa, citando os precedentes com mais frequência. Insta salientar que citar apenas a ementa ou o número do precedente não é utilizá-lo da maneira adequada, deve-se fazer uso de todos os elementos argumentativos que

influíram na criação daquele precedente citado, demonstrando cabalmente que aquele precedente deve ser aplicado ao caso *sub judice*, assim como a casos futuros.

Mesmo diante da posição contundente sustentada por Gustavo Santana Nogueira, o presente trabalho opta por concordar parcialmente com a doutrina propagada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Gilberto Porto, Thomas da Rosa Bustamante, dentre outros. Ademais, vale ressaltar que é possível conceber uma cultura de respeito ao precedente, mesmo em um sistema jurídico filiado à *civil law*.

Contudo, nota-se que para se conceber uma cultura de respeito aos precedentes judiciais em um ordenamento jurídico vinculado ao sistema da *civil law* não é uma tarefa fácil, demandando reformas estruturais drásticas, além das que foram realizadas, com as devidas mudanças de paradigmas, bem como uma transformação na forma de se raciocinar com precedentes nos tribunais pátrios e nos juízos singulares.

Deste modo, apesar das alterações na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil, há ainda um vácuo, seja na consciência dos magistrados, seja na cultura processualística brasileira, a ser preenchido para que se implante verdadeiramente uma cultura processual de respeito aos precedentes tal como a concebida na *common law*. O que para muitos juristas é uma tarefa impossível, já que o sistema

jurídico brasileiro é filiado à tradição jurídica da *civil law* e muitos magistrados ainda incorporam o juiz *bouche de la loi*.

#### **4. CONCEITOS E COMPARAÇÕES NECESSÁRIAS PARA SE COMPREENDER O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *CIVIL LAW* BRASILEIRO**

O presente tópico tem a função de evitar incoerências, bem como erros no uso da expressão “precedente judicial” na práxis jurídica brasileira. Para tanto, faz-se necessária uma diferenciação dos precedentes judiciais com relação a outros institutos/elementos presentes no direito brasileiro, tais como: costumes, súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência, ementa e coisa julgada. Tais figuras são presentes na cultura jurídica da *civil law* brasileira, mas na maioria das vezes são utilizadas como sinônimos de precedentes judiciais.

Inicialmente, vale frisar que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente, porque, no entendimento do direito norte-americano, precedente é uma decisão que tem aptidão para fixar um arquétipo para casos vindouros.

Nessa perspectiva, LUCAS BURIL DE MACÊDO (2015, p. 106 e 107) ao distinguir precedente judicial do costume sustenta que o precedente advém do caso concreto,

enquanto os costumes seriam os usos sociais moralmente adequados e reconhecidos por um determinado grupo social. Sendo assim, seriam como normas implícitas resultantes do exercício direto do poder de criação de normas pela sociedade.

E complementa aduzindo:

[...] é fácil perceber a diferença entre as duas fontes normativas, sobressaltando o fato que enquanto o precedente necessita da atividade judicante para se formar, o costume, por sua vez, é independente de qualquer atividade jurisdicional, constituindo-se a partir da reiteração de determinada atitude no seio social. Em outras palavras, o precedente é fonte normativa de origem estatal, ao passo que o costume é não estatal, ainda que venha a ser reconhecida pelo Estado. (MACÊDO, 2015, p. 107)

Já a jurisprudência é comumente conceituada na práxis forense como sendo as decisões reiteradas dos Tribunais. MACÊDO (2015, p. 108 e 109) afirma que o termo jurisprudência possui três sentidos. O primeiro é dado pelo jurista romano Ulpiano que designa toda a ciência do direito, desta forma, os *juris prudentes* seriam os homens que sabiam o direito aplicável aos casos concretos. O segundo advém da etimologia da palavra e trata-se do conjunto de pareceres dos jurisconsultos sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos. Já o terceiro é um sentido mais estrito e

habitualmente utilizado, e diz respeito às decisões dos juízes e Tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos.

Para TARSILA RIBEIRO MARQUES FERNANDES (2012, p. 287 e 288), a jurisprudência é uma norma geral do caso concreto que passa a ser repetida em vários casos semelhantes vindouros que começam a adotar esse mesmo entendimento sedimentado outrora. Aduz ainda que a jurisprudência nada mais é do que uma norma geral construída pelo Poder Judiciário. Sendo assim, a *ratio decidendi* reiterada em diversas decisões gera a jurisprudência.

No que concerne à utilização das ementas, paira sobre a práxis forense um erro crasso, qual seja: o uso da ementa como se precedente fosse. MACÊDO (2015, p. 110 e 111) aduz que se trata de uma confusão pragmática e não conceitual e assevera ainda que:

[...] o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, ou que ementa e precedente signifiquem a mesma coisa. O problema é mais profundo. Na verdade, há a utilização da ementa como se fosse o núcleo do precedente, evitando-se assim a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expendida. Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais. (MACÊDO, 2015, p. 110)

Com efeito, MACÊDO (2015, p. 110) assegura que a ementa é um elemento facultativo das sentenças e acórdãos, servindo para fins de divulgação e para facilitar a documentação dos julgados de determinada corte. Já o precedente é uma fonte do direito que incorpora todo o texto da decisão. Assim, pode-se aduzir que a ementa nada mais é do que a parte informativa, em forma de resumo, de uma determinada decisão que pode ser ou não precedente.

A coisa julgada, segundo conceito difundido por DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA (2009, p. 165), é a “imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva da decisão judicial”, isto é, tal imutabilidade se refere às partes em litígio e a elas protege, não podendo mais se discutir a questão, em regra, salvo, com o ajuizamento de uma ação rescisória, onde parcela significativa da doutrina sustenta que esta ação proporciona o fenômeno da relativização da coisa julgada.

Enquanto o precedente, além de vincular as partes em litígio servirá como paradigma para os casos futuros que recaírem sobre o mesmo juízo ou tribunal. Trata-se, em verdade, de um efeito externo de uma decisão judicial que auxilia ou vincula os magistrados nas decisões futuras, bem como confere aos jurisdicionados previsibilidade e, sobretudo,

segurança jurídica, isto é, sem surpresas que violem os preceitos máximos do Estado Democrático Social de Direito, entre eles, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o devido processo legal (*due process of law*).

Ademais, MARINONI (2010, p. 213 e 214) atrela o princípio da segurança jurídica à ideia de “previsibilidade”, ou seja, tornar a prestação jurisdicional algo menos conturbado, dotado de confiabilidade que propicie uma redução na descrença existente perante o sistema político-jurídico vigente, bem como diante do Poder Judiciário<sup>4</sup>.

Já MACÊDO (2013, p. 114, 115 e 116), por outro lado, afirma que a coisa julgada possui caráter concreto, enunciando a situação jurídica que foi submetida à autoridade do Poder Judiciário. Sendo assim, sua força seria proveniente

---

<sup>4</sup> Sobre a previsibilidade MARINONI (2010, p. 213) disserta que para que haja previsibilidade são necessárias algumas condições. Se é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que estas dependem, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-las. Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta da circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis.

da eficácia declaratória da sentença e estaria ligada ao fim da discussão do caso concreto.

MARINONI (2013, p. 138), por sua vez, avalia que:

O precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto. Ao contrário do que ocorre em relação à coisa julgada, a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem ser revogados. O judiciário pode deixar de interpretar a lei em determinado sentido, mas a interpretação da lei, cristalizada em sentença acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício outorgado àquele que obteve a tutela jurisdicional do direito. (MARINONI, 2013, p. 138)

Já as súmulas também não devem ser confundidas com os precedentes, pois estas possuem métodos, fundamentos e natureza jurídica distintas. Para MACÊDO (2015, p. 112, 113 e 115) as súmulas possuem um procedimento específico para sua criação, modificação e extinção. Elas são atos jurídicos autônomos que não se confundem com uma decisão judicial. São emitidas em forma de verbetes gerais e abstratos, que são aplicados de forma semelhante ao texto legal. Já os precedentes obrigatórios, segundo o jurista, são baseados em atos decisórios como fonte do direito. Assim, os precedentes

são *conditio sine qua non* para a existência das súmulas, isto é, tratam-se de institutos jurídicos indissociáveis, mas distintos.

Para LÊNIO LUIZ STRECK (2014, p. 63 e 64) a súmula é um produto de um conjunto de outros textos. E em virtude de tal fato, em determinado momento, o Supremo Tribunal Federal institui um enunciado que em vez de resolver determinado caso concreto, terá a função de resolver todos os demais casos que podem ser abrangidos pelo novo texto da súmula (comum ou vinculante). Assim, a súmula não surge para resolver um litígio, mas para solucionar todos os casos porvindouros. Assim, tal circunstância a diferencia sobremaneira do precedente tal como vislumbrado na *common law*.

As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, inserindo o art. 103-A<sup>5</sup> na Constituição Federal de 1988.

Nota-se que as súmulas com efeito vinculante serão elaboradas somente pela mais alta corte do Poder Judiciário –

---

<sup>5</sup> **103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

o Supremo Tribunal Federal – após a aprovação pela maioria qualificada de dois terços de seus membros. E passará a ter efeito vinculante após sua publicação. O efeito vinculante destas súmulas recairá sobre todos os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo. Tais súmulas não recairão sobre o Poder Legislativo, pois o mesmo tem liberdade para editar leis (em sentido amplo) que contrariem um enunciado inscrito em uma súmula vinculante.

Nas palavras de STRECK (2014, p. 70), a súmula vinculante passa a ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar com as particularidades do caso concreto, devendo ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecanicamente, mas hermeneuticamente, respeitando a coerência e a integridade do direito. Ademais, o jurista concatena ainda que a súmula vinculante, diferentemente dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal.

Outrossim, STRECK (2014, p. 69) assevera que as súmulas vinculantes desvinculam-se dos casos que a originaram, se impondo como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possuindo, assim, dimensão atemporal. Já os precedentes são constituídos como critérios normativos a serem seguidos em

novos casos nos quais exista idêntica questão fática e de direito, ou seja, estes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função essencial é servir de arquétipo para as decisões posteriores.

No que concerne ao conteúdo, STRECK (2014, p. 72) diferencia-os com maior clareza, coadunando que a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo. Por outro lado, os precedentes não são prescrições literais e abstratas em formato legislativo, isto é, deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte.

Desta forma, não há que se confundir os precedentes judiciais com as súmulas (comuns ou vinculantes) ou com as ementas, costumes, jurisprudência, bem como com a coisa julgada. São institutos distintos, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, no qual cada um tem um papel específico determinado na maioria das vezes pela lei, com o auxílio da doutrina que amplia ou restringe o seu alcance hermenêutico.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À guisa de conclusão, nota-se que a interdependência econômico-financeira e política, comumente chamada de “globalização”, entre os países do globo propicia também uma troca constante de experiências no campo jurídico,

particularmente entre as famílias jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*, ambas concebidas em países do Ocidente, especificamente em países europeus.

Nessa perspectiva, a ideia de precedente judicial, cujos maiores expoentes são os países de origem anglo-saxônica, está sendo gradativamente incorporada aos sistemas jurídicos filiados à *Civil Law*, seja como uma maneira de conferir segurança jurídica e previsibilidade às decisões emanadas do Poder Judiciário, seja como uma forma de garantir respeitabilidade e observância dos princípios da igualdade e da segurança jurídica em tais decisões.

Vale ressaltar que o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, com a valorização dos direitos fundamentais, dotados de eficácia horizontal, vertical e diagonal, contribuíram significativamente para a guinada à valorização dos precedentes judiciais, bem como com a superação do juiz *bouche de la loi*, concepção de origem francesa, cuja atuação do magistrado resumia-se a declarar a vontade do legislador.

Deste modo, resumir o Direito Brasileiro ao Positivismo Jurídico nos dias atuais é uma forma errônea de vislumbrar tal ordenamento jurídico, concebendo-o como algo estanque e fechado, um tanto impraticável na era da internet e em tempos de globalização, onde cada vez mais os países

trocam informações e comungam experiências nos mais diversos campos do saber.

No entanto, conforme visto acima, o uso desarrazoado e desvirtuado da ideia de precedente judicial poderá transformar os magistrados em meros repetidores de enunciados, súmulas e jurisprudências, algo incompatível com os princípios que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, 1909 – **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**/ Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René, 1906- **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**/ René David; tradução: Hermínio A. Carvalho. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Coleção justiça e direito).

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.v. 1

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV**, nº 16, v. 2 (abril de 2012). Brasília: EAGU, 2012. Mensal.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito/ Hans Kelsen**; [tradução Joaquim Baptista Machado]- 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Lucas Buriel de Macêdo. 1ª edição. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. **A força dos precedentes - estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR/Luiz Guilherme Marinoni**. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2010.

\_\_\_\_\_ **Precedentes Obrigatórios/Luiz**  
Guilherme Marinoni. – 3. ed. rev. atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Gustavo Santana Nogueira. 2ª edição. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Sérgio Gilberto Porto. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf). Acesso em: 11/05/2015 às 15:55.

RODRIGUES, Bruno de Sousa. **Os precedentes judiciais sob a ótica da doutrina do “stare decisis”**. Bruno de Sousa Rodrigues. Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia. Salvador, nº 12, p. 235 – 254, maio de 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito nos EUA**. Guido Fernando Silva Soares. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I). O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA**. Guido Fernando Silva Soares. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo 1997.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?/ Lenio Luiz Streck, Georges Abboud. – 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.**

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Reflexões sobre o Positivismo Jurídico no Brasil: Uma análise da crise ecológica**. José Fernando Vidal de Souza. Revista do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Oficina nº 283. Agosto de 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro/ Wilson Alves de Souza. – 2. ed. ver. e ampl. – Salvador: Dois de Julho, 2012.**



---

**CAPÍTULO VII**

**A SUSTENTAÇÃO ORAL E O AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE DESAFIA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE MÉRITO À LUZ DO NOVO CPC**

**Júlia Wanderley Lopes\***  
**Paula Jucá Faskomy\*\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Novo Código de Processo Civil: considerações iniciais. 2.1. A matriz principiológica do Novo CPC. 2.2. Os princípios do contraditório e ampla defesa no Novo CPC. 3. O conceito dos provimentos judiciais no Novo CPC e seus reflexos no sistema recursal. 3.1. O conceito de sentença e decisão interlocutória no CPC de 1973. 3.2. O CPC de 2015 e o novo conceito de sentença e decisão interlocutória. 3.3 O novo conceito de decisão interlocutória e o julgamento parcial de mérito. 3.4. A decisão interlocutória de mérito: reflexos no sistema recursal. 4. O regime recursal da apelação e do agravo de instrumento no Novo CPC: breves anotações. 4.1. Prazo de interposição. 4.2. Efeito suspensivo. 4.3. Sustentação oral. 5. Sustentação oral e o agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de mérito. 5.1. Sustentação oral no Novo CPC: omissão do legislador quanto às decisões interlocutórias de mérito. 5.2. Incongruências decorrentes da omissão constante no artigo 937, VIII, do Novo CPC. 5.2.1. Sentença terminativa *versus* decisão interlocutória de mérito. 5.2.2. Súmula 255 do Superior Tribunal de Justiça. 5.2.3. Desestímulo à cumulação de pedidos. 5.2.4. Da técnica

---

\* Advogada e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia em 2014.2

\*\* Advogada e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia em 2015.1.

de complementação do julgamento prevista no Novo CPC. 6 Considerações finais.

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma análise crítica, dentro da vertente metodológica jurídico-dogmática, acerca da omissão constante no Novo CPC referente à sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de mérito. Para tanto, demonstra-se, as mudanças ocorridas na conceituação dos pronunciamentos meritórios de primeiro grau, bem como seus reflexos no sistema recursal, comparando-se, sobretudo, os principais aspectos do processamento próprio das apelações ao do agravo de instrumento. Neste contexto, ressalta-se a relevância da sustentação oral na efetivação das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa e, principalmente, no regime do agravo de instrumento. Traçadas tais premissas, salienta-se, a partir de um raciocínio dialético, as incongruências ensejadas pela omissão do artigo 937, VIII, do NCPC, propondo-se para tal problemática, a realização de uma interpretação sistemática e extensiva que autorize a sustentação oral no julgamento dos agravos de instrumento interpostos em face das decisões interlocutórias de mérito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sustentação Oral; Agravo de Instrumento; Decisão Interlocutória de Mérito; Interpretação Extensiva

**ABSTRACT:** This article presents a critical analysis, through legal-dogmatic methodological aspects, about the constant omission in the New CPC related to the oral arguments in the interlocutory judgment that challenges interlocutory order of merit. To do so, it shows up the changes in the concept of meritorious pronouncements first grade, and their impacts on appeal system, comparing, in particular, key aspects of own processing of appeals to the interlocutory appeal. In this context, we emphasize the importance of oral arguments in the

realization of the constitutional guarantees of the contradictory and full defense, and especially in the interlocutory appeal of the regime. Traced these assumptions, it is noted, from a dialectical reasoning, the inconsistencies from the omission of Article 937, VIII, NCPC, proposing to such problems, carrying out a systematic and extensive interpretation which permits the oral arguments at the trial of the interlocutory interposed in the face of interlocutory decisions of merit.

**KEY WORDS:** Support Oral; “*Agravo de Instrumento*”; Interlocutory Merit of Decision; Extensive Interpretation

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a omissão constante no Novo Código de Processo Civil no que diz respeito à possibilidade de sustentação oral no bojo do agravo de instrumento que desafia decisões interlocutórias de mérito (artigo 356, §5º).

Expõe-se, assim, a incoerência existente em se conferir referido recurso um regime significativamente mais estreito do que aquele próprio das apelações. Isto, pois, em tais hipóteses, os litigantes encontram-se diante de provimentos meritórios definitivos, proferidos mediante cognição exauriente, aptos, portanto, à formação de coisa julgada material, sendo ambas as irresignações voltadas ao mérito da causa. Debruça-se, neste sentido, sobre a relevância de se conceder a situações substancialmente idênticas um tratamento equânime,

mormente no que se refere à oportunização da sustentação oral.

Para tanto, inicialmente, analisa-se as matrizes principiológicas nas quais se fundam o Novo CPC, com maior enfoque no papel de relevo ostentado pelo princípio do contraditório neste diploma.

No tópico seguinte, trata-se da evolução na conceituação dos provimentos meritórios de primeiro grau, quais sejam, sentenças e decisões interlocutórias. Ressalta-se, neste ponto, a insuficiência de uma definição legal que apenas considere o conteúdo de tais provimentos. Assim, descreve-se os avanços consubstanciados no novel diploma neste ponto, relacionando-o com a previsão expressa do julgamento parcial do mérito da demanda, bem como analisando-se as suas repercussões no sistema recursal.

Posteriormente, a fim de se conceder maior embasamento teórico às críticas e sugestões que serão feitas, procede-se à uma breve comparação acerca dos principais aspectos do regime recursal próprio das apelações e do agravo de instrumento no CPC de 2015.

Por fim, salienta-se a importância da técnica da sustentação oral na efetivação do direito fundamental ao

contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido, demonstra-se as incongruências decorrentes de tal omissão.

Destarte, uma vez apresentados os aludidos fundamentos, é proposta a realização de uma interpretação extensiva e sistêmica do art. 937, VIII, do Novo CPC, em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, a fim de que seja cabível a sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória de mérito.

## **2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Após inúmeras reformas no diploma processual civil de 1973, (Lei n. 5.869, de 11.1.1973) decorrentes das alterações substanciais do circunstancialismo político-social e da necessidade de novos mecanismos judiciais que o acompanhassem, a sociedade brasileira, enfim, recebe um Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor após um ano de sua publicação (*DOU* de 17-3-2015)<sup>1</sup>.

Com efeito, a constitucionalização de 1988 e a mudança qualitativa e quantitativa dos litígios civis brasileiros

---

<sup>1</sup> Novo Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. Apresentação.

constituíram o pano de fundo que induziu à busca de uma nova lei processual capaz de se adaptar aos desafios de um ordenamento jurídico em transição. A nova feição da atividade jurisdicional, portanto, redesenhou o Direito processual e delineou, cada vez mais nitidamente, um processo civil servil às aspirações democráticas dos brasileiros, cuja função soberana é prestar a cada cidadão lesado em seus direitos, uma resposta célere e eficaz do Judiciário<sup>2</sup>.

Nesta senda, para atingir tal função, foram aprovadas inúmeras alterações pontuais no diploma processual, cujo estudo e domínio serão de essencial relevância para a prática forense de todo operador do Direito brasileiro. De certo, a simplificação procedimental, o reconhecimento da autonomia da vontade no âmbito endoprocessual, o prestígio ao contraditório, a valorização do princípio da isonomia e da segurança jurídica e o enaltecimento da uniformidade e da estabilidade da jurisprudência são exemplos de alguns dos corolários basilares do novo diploma processual civil, que se mostram em significativa consonância com o estágio

---

<sup>2</sup> FREIRE, Alexandre; et. al. Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 02. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 11; e DIDIER Jr., Fredie; BRAGA Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento conforme Novo CPC 2015. Vol. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50.

constitucional do Direito pátrio, bem como com a realidade fática do cenário brasileiro.

## 2.1 A MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA DO NOVO CPC

Uma das significativas vertentes do Novo Código de Processo Civil está na consagração de uma matriz principiológica da compreensão do Direito processual, a qual evidencia a preocupação do legislador infraconstitucional em conferir novos rumos ao processualismo civil, mormente no que se relaciona com a valorização da força normativa dos princípios constitucionais. Nesta esteira, é cediço que o novel processual de 2015 claramente vai ao encontro, de forma direta e positiva, da própria Constituição Federal, a partir da introdução de direitos e garantias fundamentais e da positivação de princípios e valores já garantidos na Carta Magna.

Estes, por sua vez, na qualidade de enunciados constitucionalmente estruturantes, devem ser encarados como “*dimensões paradigmáticas*” de uma ordem constitucional positiva, informada pelos princípios essenciais de um Estado Democrático de Direito<sup>3</sup>, visando sempre dotá-los do maior

---

<sup>3</sup> SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Ano 38. Vol. 223. Set/2013. P. 18-19.

grau de concretude e aplicabilidade possível. Somente assim, a intenção normativa desta “constitucionalização” do processo civil moderno poderá ter adequadas repercussões na prática forense.

Ademais, sendo o processo jurisdicional um instrumento de representação do sentido decorrente da democracia e da soberania popular, sua estrutura funcional indubitavelmente deverá ser *ordenada, disciplinada e interpretada* de acordo com tais pilares valorativos<sup>4</sup>. A exemplo do quanto exposto, cita-se, de logo, o primeiro artigo da lei processual civil de 2015, no qual fica disposto expressamente que “*O Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*”<sup>5</sup>.

## **2.2 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO NOVO CPC**

Neste contexto, dentre os diversos princípios que ganharam destaque no Novo Código Processual Civil,

---

<sup>4</sup> SOUZA, Artur César de. Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Ano 38. Vol. 223. Set/2013. P. 18-19.

<sup>5</sup> Novo Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

interessa, para fins do presente trabalho, abordar especificamente as mudanças que dizem respeito à concretização normativa dos princípios do contraditório e, conseqüentemente, da ampla defesa.

Com efeito, integram o contraditório e a ampla defesa tanto a necessária ciência às partes dos atos que irão ocorrer no curso do procedimento e do teor das decisões proferidas, como também – e sobretudo – a indispensável oportunidade de poderem tentar convencer o juiz do acerto de sua tese ou da veracidade de suas alegações.

Nesta esteira, ressalte-se que o direito fundamental à ampla defesa é parte integrante do contraditório em seu sentido substancial. Ou seja, a ampla defesa é conteúdo inserido na própria ideia de contraditório, consistindo em um dos seus aspectos. Pode-se dizer, então, que para que tais direitos fundamentais – contraditório e ampla defesa – sejam respeitados, deve-se conferir às partes a devida informação prévia e oportunizar-lhes a possibilidade de reagir.<sup>6</sup>

Desta forma, além da igualdade de oportunidades, o contraditório deve instaurar um diálogo no processo entre o

---

<sup>6</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do Contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> Acesso em 23 de outubro de 2015.

juiz e as partes, garantindo uma atividade verdadeiramente *dialética*, com que se assegura a prolação de uma decisão justa e, de resto, um procedimento justo<sup>7</sup>. Inclusive, assevera Leonardo Carneiro da Cunha<sup>8</sup> que “*um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo*”.

Outrossim, a proibição de haver decisões surpresas no processo, decorrente da garantia instituída pelo princípio do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos da lide em questão, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele seja a requerimento da parte ou do interessado *ex officio*<sup>9</sup>.

Por tal razão, o pronunciamento judicial, necessariamente, deve ser dimensionado a partir das manifestações das partes e fundamentado dentro da moldura delineada no debate processual – seja ele oral ou escrito –. Logo, se o contraditório significa o direito de influir na

---

<sup>7</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual. 24:71-79. São Paulo: Dialética, março-2005.

<sup>8</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do Contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> Acesso em 23 de outubro de 2015.

<sup>9</sup> THEODORO JR. Humberto e outros, *in*: Fundamentos e Sistematização do novo CPC. Forense, 2015. P. 215

decisão (arts. 7º, 9º e 10º do Novo CPC), é evidente a necessidade de se ter como contrapartida o “*dever de debate, de consulta, de diálogo e de consideração*”<sup>10</sup>.

Outro aspecto importante do princípio em comento diz respeito à consagração da paridade de armas conferida às partes no decorrer da relação jurídica processual. Neste ponto, sabe-se que, como elemento condicionante fundamental do contraditório, a paridade de armas representa um dos cernes para a concreção de tal princípio, sem o qual não haveria a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo, assim, de um desequilíbrio funcional inaceitável<sup>11</sup>.

Impende notar que a paridade de armas não deve ser concebida somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também como o nível de reciprocidade com que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se, assim, as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 1. Editora: RT, 2015, p. 445.

<sup>11</sup> SILVA, Beclate Oliveira e ROBERTO, Welton. O contraditório substancial no Projeto do Novo CPC. *In: Novas Tendências do Processo Civil*. Vol. 02. Editora Juspodivm, 2014. P. 185.

<sup>12</sup> SILVA, Beclate Oliveira e ROBERTO, Welton. O contraditório substancial no Projeto do Novo CPC. *In: Novas Tendências do Processo Civil*. Vol. 02. Editora Juspodivm, 2014. P. 185.

Por fim, viu-se, portanto, que um dos principais vetores de inovação do Novo Código de Processo Civil está na valorização e consagração da expressa força normativa dos princípios, dentre os quais citou-se a importância do contraditório e da ampla defesa, justamente por representarem os fundamentos constitucionais que servem de cerne principal ao que será proposto por este trabalho.

### **3 O CONCEITO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA RECURSAL**

Ainda sem adentrar propriamente na questão principal, que toca a sistemática de processamento do Agravo de Instrumento no Novo CPC, mostra-se imprescindível esclarecer alguns conceitos importantes, tratados como pressupostos à compreensão da conclusão aduzida.

#### **3.1 O CONCEITO DE SENTENÇA E DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NO CPC DE 1973**

Em sua redação originária, o anterior Código de Processo Civil consagrava o critério topológico para a classificação e distinção dos pronunciamentos judiciais. Neste

sentido, o que importava não era o conteúdo do ato, mas sim a sua finalidade.

Entretanto, no decorrer da chamada terceira fase da reforma do CPC de 1973, adveio a Lei nº 11.232/2005, que estabeleceu uma nova definição legal para a sentença, a qual acabou por consagrar o conteúdo como norte para a sua definição.<sup>13</sup>

Porém, tal reforma não trouxe inovações acerca do conceito de decisão interlocutória. Assim, no que concerne a essa espécie de pronunciamento judicial, o §2º do artigo 162 do CPC de 1973 dispunha: "é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente".

O problema que residia sobre a referida conceituação legal das decisões interlocutórias dizia respeito à afirmação segundo a qual ela apenas resolveria questões incidentes, o que não condiz com a realidade. A rigor, seguindo a exegese do supracitado dispositivo, as decisões interlocutórias não poderiam resolver questão principal. Contudo, isto não é verdade, haja vista que, desde a égide do CPC de 1973, já se

---

<sup>13</sup>SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. A resolução parcial do mérito no saneamento do processo e a natureza jurídica do pronunciamento judicial: da doutrina de Pontes de Miranda ao projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coord). Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Juspodium, 2013, p. 566.

notava a existência de decisão interlocutória que, segundo os seus dispositivos, por exemplo: “(i) *defere ou indefere pedido de concessão de tutela antecipada, (ii) indefere liminarmente um dos pedidos cumulados na inicial por entendê-lo prescrito e (iii) resolve parcela incontroversa da demanda, na forma do art. 273, § 6º, do CPC*”.<sup>14</sup>

Logo, pode-se afirmar que, em que pese o equívoco legislativo constante no CPC antecedente (1973), as decisões interlocutórias consistem em pronunciamentos que podem versar tanto sobre questões incidentais, quanto sobre questões principais.

A sentença, por sua vez, era definida pelo §1º do artigo 162 do referido CPC nos seguintes termos: “*Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*”.

Como dito, tal redação do dispositivo mencionado foi conferida pela Lei nº 11.232/05. Antes da sua edição, o CPC de 1973 conceituava sentença como: “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.” Observa-se, desta forma, que o legislador de 1973 optou por se

---

<sup>14</sup>BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. II. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 315.

utilizar do efeito da decisão como critério para a sua definição, independentemente do seu conteúdo.

Neste contexto, Paula Sarno Braga, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira acreditam que, apesar da alteração legislativa, deve-se compreender a sentença como “o ato que, analisando ou não o mérito da demanda, encena uma das etapas (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância [...]”, consagrando, desta forma, o critério anteriormente adotado pelo CPC de 1973, ou seja, os seus efeitos.<sup>15</sup>

### **3.2 O CPC DE 2015 E O NOVO CONCEITO DE SENTENÇA E DECISÃO INTERLOCUTÓRIA**

O Código de Processo Civil de 2015 trata da conceituação das decisões interlocutórias e sentenças em seu artigo 203.<sup>16</sup>

Quanto à definição da sentença, nota-se que o §1º do artigo 203 do mencionado diploma legal utiliza como critérios,

---

<sup>15</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. II. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 311-314.

<sup>16</sup> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º.

cumulativamente, o seu conteúdo (“com fundamento nos arts. 485 e 487”) e a sua finalidade (“põe fim ao processo ou a alguma de suas fases”).

Já no que tange às decisões interlocutórias, o §2º do referido dispositivo propõe a adoção de um critério residual, segundo o qual todo pronunciamento do juízo singular com caráter decisório que não se adequa ao disposto pelo seu §1º será decisão interlocutória, independentemente do conteúdo por este suportado. Além disso, distintamente do que ocorria no texto do seu antecessor, ele não remete à ideia de “questão incidente”, corrigindo, destarte, o referido equívoco legislativo.<sup>17</sup>

Desta forma, a partir da exegese do dispositivo em comento, conclui-se que, no que tange à conceituação dos referidos pronunciamentos judiciais, o Novo CPC traz significativos avanços, mormente em decorrência de adotar, cumulativamente, os critérios finalístico e substancial para a definição das sentenças, e por assumir, expressamente, a

---

<sup>17</sup> SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. A resolução parcial do mérito no saneamento do processo e a natureza jurídica do pronunciamento judicial: da doutrina de Pontes de Miranda ao projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord). Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Juspodium, 2013, p. 572-573.

possibilidade de ocorrência de decisões interlocutórias de mérito.

Em assim sendo, o Novo Código de Processo Civil deixa evidente que a decisão interlocutória também poderá possuir conteúdo meritório, não sendo este um traço exclusivo das sentenças. O fator distintivo entre tais pronunciamentos judiciais, segundo o mencionado diploma, reside na aptidão que apenas a sentença possui para encerrar a fase cognitiva do procedimento comum, não sendo a decisão interlocutória capaz de fazê-lo.

### **3.3 O NOVO CONCEITO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E O JULGAMENTO PARCIAL DO MÉRITO**

Em consonância com esta nova conceituação de decisões interlocutórias trazida pelo Novo CPC, este passou a prever expressamente a possibilidade do julgamento antecipado de parcela da demanda, conforme dicção do seu artigo 356.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> “Art. 356: O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou líquida.

Assim, como exposto, na medida em que a decisão em tela não possuirá aptidão para encerrar qualquer fase do procedimento cognitivo, haja vista que este seguirá o seu curso quanto à parcela do mérito não decidida, o provimento em comento sustenta natureza de decisão interlocutória, em respeito ao quanto determinado pelo já analisado artigo 203, §§1º e 2º, do novel diploma legal.

Sanou-se, então, todas as controvérsias e discussões entre os que consideravam o instituto previsto pelo §6º, artigo 273, do CPC de 1973, mais uma hipótese de antecipação dos efeitos da tutela e aqueles que defendiam tratar-se de dispositivo autorizador do julgamento definitivo de parcela do mérito. Isto, pois, o CPC de 2015 contém uma nova sistematização da matéria, corrigindo o erro topográfico existente no diploma legal antecedente, o qual prevê o referido instituto no artigo que trata sobre antecipação dos efeitos da tutela. Assim, no CPC de 2015, o mecanismo em comento é

---

§ 2o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3o Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

ventilado em dispositivo próprio (artigo 356), no Capítulo “DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO”, e na Seção “Do Julgamento Parcial Antecipado do Mérito”.

Ante o exposto, conclui-se que o Novo CPC inovou tanto ao conferir ao referido instituto nova e mais adequada localização, quanto ao tratá-lo de forma mais completa e coerente, ao dispor expressamente acerca da aptidão que a decisão que o consubstancia possui para formar coisa julgada material e ser executada definitivamente, além de estabelecer ser o agravo de instrumento o recurso adequado a desafiá-la.

### **3.4 A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO: REFLEXOS NO SISTEMA RECURSAL**

Em consonância com o quanto exposto, sabe-se que, há muito, a doutrina brasileira vem criticando o critério do conteúdo jurisdicional para a correta classificação dos tipos dos recursos aceitáveis para cada pronunciamento. Neste sentido, a definição da natureza de uma decisão judicial a partir do recurso contra ela cabível é insuficiente para se atribuir coerência ao sistema processual civil brasileiro, notadamente em seu âmbito recursal.

Destarte, seguindo esta linha, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 356, §5º, expressamente afirma que, nos casos em que o magistrado julgar parcialmente o mérito, tais decisões (indubitavelmente interlocutórias) serão impugnáveis por agravo de instrumento.<sup>19</sup>

Até então, não há maiores controvérsias. Como já visto, o fato de uma decisão interlocutória ter conteúdo de sentença – sendo apta, inclusive, a reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida, e até liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independente de caução – não a impede de ser atacada por agravo de instrumento.

---

<sup>19</sup> “Art. 356: O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1o A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3o Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

A controvérsia – e, particularmente, a crítica principal deste artigo – reside quando o processamento deste agravo é previsto sem abranger todas as garantias processuais que seriam concedidas às partes caso fosse processado o recurso da apelação em seu lugar.

Em outras palavras, caso a decisão de mérito impugnada não fosse proferida no curso da relação jurídica processual, e sim ao final do procedimento, ela seria qualificada enquanto sentença e, por conseguinte, atacável pelo recurso de apelação. Nesta hipótese, o referido recurso seria processado de tal modo a garantir às partes a possibilidade de previamente influir no julgamento dos desembargadores, mediante a viabilidade da sustentação oral – cuja importância e o respaldo constitucional serão expostos a seguir.

Logo, em que pese a evolução técnica procedida pelo CPC de 2015 quanto ao tema, este ainda se fez omissivo e equivocado em alguns pontos, haja vista desconsiderar que sentenças e decisões interlocutórias podem possuir o mesmo conteúdo, malgrado proferidas em momentos distintos do feito, conferindo-lhes, por conseguinte, regimes recursais diferenciados e outorgando garantias de contraditório mais

acentuadas ao regime próprio das apelações, consoante será melhor explanado nos tópicos a seguir.

#### **4 O REGIME RECURSAL DA APELAÇÃO E AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC: BREVES ANOTAÇÕES**

Ante às noções expostas, parte-se, então, ao regime de processamento em si dos instrumentos recursais da apelação e do agravo de instrumento.

##### **4.1 PRAZO DE INTERPOSIÇÃO**

Em seu artigo 1.003, §5º, o CPC de 2015 estabelece prazo recursal único de 15 dias, apenas ressalvando a hipótese dos embargos declaratórios, cujo prazo para interposição se mantém em 05 dias. Ou seja, diferentemente do que ocorria sob a vigência do CPC de 1973, o agravo de instrumento não mais possui prazo de interposição de 10 dias.

Tem-se, assim, inovação positiva trazida pelo novel diploma legal, haja vista conferir-se a recursos que podem ser substancialmente iguais – vez que, como dito, ambos podem desafiar provimentos meritórios –, um tratamento equânime.

## 4.2 EFEITO SUSPENSIVO

De acordo com o disposto pelo art. 558 do CPC de 1973, só se podia atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento em casos de risco de lesão grave e de difícil reparação, havendo relevante fundamentação e mediante o requerimento do agravante. Era, assim, vedada a sua concessão *ex officio*. Diferentemente, na anterior sistemática recursal, o recurso de apelação era recebido, via de regra, em seu efeito devolutivo e suspensivo. Desta forma, apenas excepcionalmente poder-se-ia negar efeito suspensivo à apelação, conforme as hipóteses previstas pelo artigo 520 do CPC antecedente (1973).

Por seu turno, quanto à concessão de efeito suspensivo aos recursos em geral, o Novo Código de Processo Civil estabelece que, via de regra, os recursos não são dotados de efeito suspensivo, ressalvadas disposições legais ou decisões judiciais em sentido diverso.<sup>20</sup>

No que concerne à apelação, o próprio CPC de 2015, em seu artigo 1.012, trouxe previsão no sentido de que esta,

---

<sup>20</sup> “Art. 995: Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.”

em regra, deve ser recebida com duplo efeito, ou seja, devolutivo e suspensivo, elencando nos incisos constantes do seu §1º as hipóteses excepcionais nas quais a sentença impugnada poderá ser executada imediata e provisoriamente, ainda que pendente o mencionado recurso.

Todavia, no que tange ao agravo de instrumento, ainda que este desafie provimento meritório, o Novo CPC, ao tratar da matéria no inciso I do artigo 1.019, assim como o seu antecessor, não lhe conferiu efeito suspensivo *ope legis*, tal como ocorre no caso da apelação.<sup>21</sup>

Vislumbra-se que o referido artigo não faz menção aos requisitos anteriormente exigidos pelo CPC de 1973 para que o agravo de instrumento possa ser recebido em efeito suspensivo, quais sejam, requerimento da parte, risco de lesão grave e de difícil reparação, bem como relevante fundamentação. Ou seja, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o relator pode, de ofício, conceder tal efeito ao recurso de agravo de instrumento, independentemente de relevante fundamentação pelas partes, o que, apesar de não ser

---

<sup>21</sup> “Art. 1.019: Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão [...]”

o suficiente, já configura uma conquista no que tange à busca pela máxima efetivação das garantias de contraditório e ampla defesa no processamento do recurso em questão.

Entretanto, apesar dos avanços ora apresentados, cumpre salientar que o CPC de 2015 mantém uma incongruência existente no seu antecessor, pois, tal como este, não outorga ao agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de mérito efeito suspensivo *ipso facto*, o que implica na produção imediata de efeitos por parte de provimento recorrido. Assim, acaba-se por tratar de forma significativamente distinta situações substancialmente iguais, pois se o juiz viesse a decidir todo o mérito na sentença, em face de tal provimento caberia apelação dotada, via de regra, de efeito suspensivo.

Evidencia-se, portanto, contradição a ser superada pelos aplicadores do Direito desde a entrada em vigor do referido diploma legal.

### 4.3 SUSTENTAÇÃO ORAL

A sustentação oral consiste em medida consectária às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Acerca destas, assinala Dirley da Cunha Jr.:

O contraditório, numa acepção mais singela, é garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito

de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito. A ampla defesa, a seu turno, é garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário.<sup>22</sup>

Em que pese a sua importância, acerca da sua ocorrência nas sessões de julgamento dos recursos, dispunha o artigo 554 do CPC de 1973 que esta não será possível nos recursos de embargos de declaração e agravo de instrumento.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil, diferentemente do seu antecessor, autoriza a sustentação oral nos agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência. Assim, neste ponto, tem-se um avanço introduzido por tal diploma.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2011, p. 722.

<sup>23</sup> “Art. 937: Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021:

I - no recurso de apelação;

II - no recurso ordinário;

III - no recurso especial;

IV - no recurso extraordinário;

V - nos embargos de divergência;

VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII - (VETADO);

Todavia, conforme será exposto nos tópicos seguintes do presente trabalho, a previsão em comento não se fez suficiente, portando omissões legislativas que, caso não sejam revistas pelos aplicadores do Direito, ocasionarão grave lesão às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

## **5 SUSTENTAÇÃO ORAL E O AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE DESAFIA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO**

Com efeito, sabe-se que em face da explosão da litigiosidade, vem se tornando cada vez mais comum a utilização de julgamentos massificados mediante a adoção de padrões decisórios, listas nos tribunais, e outras técnicas de *“otimização numérica de julgamentos, nas quais a fundamentação do julgado não é produzida como decorrência do diálogo ocorrido ao longo do processo, mas, por um imperativo de produtividade”*<sup>24</sup>

---

VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.”

<sup>24</sup> NUNES, Dierle. Novo CPC aprimora regras sobre a sustentação oral nos tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral> Acesso em 30 de outubro de 2015.

Sem dúvidas, este fenômeno incita à advocacia a defender e valorizar mecanismos de defesa diferenciados, uma vez que, na hipótese de seus profissionais se contentarem, como de costume, em somente apresentar suas manifestações por escritos, sem qualquer interlocução de outra espécie, correrão o sério risco de receber uma resposta jurisdicional “padrão”, que não corresponda à necessária e adequada distinção das particularidades do seu caso em concreto com aquele que lhe serviu de “parâmetro”.

De certo, o “esvaziamento da técnica da oralidade”, por mais que, logicamente, não seja a causa única desta situação, vem agravando-a cada vez mais, uma vez que, tanto no plano teórico quanto no plano da prática forense, constata-se que a sustentação oral é um meio eficaz de persuasão e convencimento das teses específicas defendidas pelos procuradores das partes.

Nesta linha, seguindo o coerente raciocínio de Dierle Nunes, imagine-se que:

no nosso sistema, em que cada magistrado se vê na responsabilidade de julgar milhares de casos e no qual a leitura acurada de cada um dos autos se torna cada vez mais incomum, a oralidade pontual, ao longo do iter, promove o destaque necessário do caso ou de situação específica que se patrocina como advogado da massa

anônima de feitos, sob a  
responsabilidade do juiz.<sup>25</sup>

Nestas situações, sem dúvidas, a manifestação oral do advogado é uma das (se não a maior) arma de convencimento capaz de viabilizar o *distinguishing* necessário entre os casos julgados/a serem julgados, fazendo com que os argumentos sejam, de fato, levados em consideração - algo que o discurso de produtividade e padronizador impede que ocorra.

## **5.1 SUSTENTAÇÃO ORAL NO NOVO CPC: OMISSÃO DO LEGISLADOR QUANTO ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE MÉRITO**

Como mencionado no tópico 4.3 deste artigo, o Novo Código de Processo Civil, ciente de tal importância, aprimorou o regramento acerca da sustentação oral no artigo 937 do CPC/15, especificando em seus incisos os recursos e ações em que são cabíveis a sustentação oral pelos advogados. Dentre eles, mostra-se oportuno destacar o inciso “XIII” que admite a sustentação oral no julgamento de agravo de instrumento

---

<sup>25</sup> NUNES, Dierle. Novo CPC aprimora regras sobre a sustentação oral nos tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral> Acesso em 30 de outubro de 2015.

interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre *tutelas provisórias de urgência ou de evidência*.

Sucedo que, se por um lado, este inciso representa um avanço em relação ao CPC de 1973 - o qual vedava expressamente a sustentação oral nos julgamentos dos embargos de declaração ou agravos de instrumento -, por outro, ele apresenta uma injustificada omissão no que toca a um importante ponto: a possibilidade de sustentação oral dos agravos de instrumento que impugnam outras decisões de mérito, que versem não apenas sobre tutelas de urgência ou evidência. Explica-se.

É que, desde antes da publicação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, boa parte da doutrina já criticava o art. 554<sup>26</sup> do CPC/1973 justamente por considerá-lo incompatível com a função primordial dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que a regra inserta no art. 554 no CPC 1973 representava uma inoportuna reprodução literal do disposto contido no art. 875 do CPC de 1939, que previa a sustentação

---

<sup>26</sup> Art. 554, CPC/1973: Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

oral, “*se o recurso não for de agravo de instrumento ou embargos de declaração*”.

De feito, a crítica presente em tal reprodução reside no fato de que, diferentemente do que sucedia na sistemática do CPC de 1939, os recursos, no sistema antecedente (CPC de 1973), não dependiam do *conteúdo* da decisão recorrida. Em outras palavras, enquanto que no CPC de 1939, as decisões interlocutórias não ostentavam conteúdo de mérito – sendo algumas atacadas por agravo de instrumento, e as demais, irrecorríveis –, no sistema anterior (CPC de 1973), não importava se a decisão interlocutória tinha ou não conteúdo meritório, ela sempre seria atacada por agravo de instrumento.

Isto posto, malgrado reconheça-se a importância que representa o inciso VIII do art. 937 do Novo CPC para o sistema recursal pátrio ao modificar parcialmente a inadequada vedação que continha o art. 554, do CPC/1973, o foco do presente trabalho encontra-se na omissão do legislador quanto à possibilidade de sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento que desafia decisões interlocutórias de mérito, que não apenas versem sobre tutela de urgência ou de evidência.

Isto se deve porque a omissão no Novo CPC quanto à possibilidade de sustentação oral no processamento do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória de

mérito, a ver, não se mostra plausível quando comparada a situações de idêntico conteúdo – ou seja, decisões igualmente meritórias –, mas que, por serem atacadas por apelação, assegurariam às partes maiores vantagens processuais, e um maior alcance do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa.

Nesta esteira, bem conclui Rafael Avim<sup>27</sup>: *“Ora se o prejuízo causado à parte é o mesmo (já que a decisão tem conteúdo de sentença) qual o sentido de se reduzir o grau de amplitude da ampla defesa no âmbito recursal? Trata-se de patente cerceamento”*.

## **5.2 INCONGRUÊNCIAS DECORRENTES DA OMISSÃO CONSTANTE NO ARTIGO 937, VIII, DO NOVO CPC**

A omissão constante no art. 937, VIII do Novo CPC, além de implausível, em certas hipóteses, mostra-se ainda incoerente. Para fundamentar tal assertiva, a título exemplificativo, foram selecionados quatro argumentos principais aptos a demonstrar a desrazoabilidade da omissão

---

<sup>27</sup> ALVIM, Rafael. Sustentação oral em Agravo de Instrumento no NCPC. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/10/02/sustentacao-oral-em-agravo-de-instrumento-no-npc/> Acesso em 01 de novembro de 2015.

das decisões interlocutórias de mérito no inciso supracitado. Veja-se.

### **5.2.1 SENTENÇA TERMINATIVA *VERSUS* DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO**

O primeiro deles pode ser representado na seguinte indagação: se é cabível a sustentação oral em apelação interposta contra sentença terminativa, como impedi-la contra uma decisão de mérito?

Logicamente, não há justificativas para que no julgamento de um recurso contra uma decisão que extingue o processo sem adentrar-se ao mérito, assegure-se mais garantias processuais do que naquele recurso que impugna uma parcela meritória da lide.

Nestas hipóteses, não se trata apenas de situações similares – ou seja, aquelas em que ambas as decisões tem conteúdo de sentença –, mas sim, de situações discrepantes em cujo processamento daquela que oferece menos riscos às partes, é realizado de uma maneira mais protetiva. Ou seja, situações distintas que receberam tratamentos igualmente distintos, porém desproporcionais.

Ademais, viu-se que a aproximação entre os recursos de apelação e agravo de instrumento feita pelo Novo CPC,

sobretudo em relação à unificação do prazo para interposição e resposta em 15 dias e a inovação quanto à possibilidade de sustentação oral nas tutelas de urgência e de evidência, de logo, deu a impressão de que a razão para isso estava justamente em conceder um igual tratamento recursal para decisões com idêntico conteúdo (de sentença), apesar de umas serem agraváveis e outras, apeláveis.

Todavia, ao deixar de mencionar todas aquelas decisões que, embora agraváveis, tem inegável conteúdo de sentença - como, por exemplo, os casos de extinção parcial do processo (art. 354) e de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, *caput* e §5º) -, o legislador não apenas não obteve êxito em assegurar o referido tratamento recursal isonômico, como também, poderá ensejar um tratamento que assegure mais garantias a casos cujas decisões sequer possuem aptidão de fazer coisa julgada material, do que naquelas situações em que há formação da coisa julgada material em parcela do mérito da lide.

### **5.2.2 SÚMULA 255 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O segundo argumento influi-se do raciocínio utilizado no enunciado da súmula do STJ em comento, cujo teor assim

transcreve-se: “*Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito*”.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o enunciado da referida súmula restou superado, haja vista o diploma legal em comento haver extinguido as figuras do agravo retido e embargos infringentes. Todavia, os fundamentos que deram origem à súmula em questão e permitiram que fosse adotada uma interpretação extensiva do art. 530 do CPC de 1973 são de extrema relevância para o entendimento ora defendido, vez que, conforme será demonstrado a seguir, são plenamente aplicáveis à hipótese do agravo de instrumento que desafia a decisão interlocutória de mérito prevista pelo artigo 356 do Novo Código de Processo Civil.

Ao editar a mencionada súmula e possibilitar a interposição de embargos infringentes em face de acórdão não unânime proferido em sede do referido agravo retido, o Superior Tribunal de Justiça utilizou como *ratio* o fato da decisão por este impugnada versar sobre o mérito da demanda. Portanto, mediante a possibilidade de se lançar mão dos embargos infringentes, visou-se conceder maiores garantias de contraditório e ampla defesa à situação em comento,

justamente por se tratar de hipótese de irresignação em face de um provimento meritório.

Logo, por imperativo de coerência, tal como ocorreu ao se editar a súmula em comento, mister se faz conceder à situação das decisões interlocutórias de mérito previstas no artigo 356 do Novo CPC um tratamento que possibilite às partes participarem de forma mais efetiva da formação do convencimento dos magistrados, seja mediante a concessão de uma via recursal mais ampla, seja por meio da outorga de demais medidas assecuratórias do contraditório e ampla defesa que, via de regra, são próprias dos meios de impugnação de decisões de mérito.

Assim, ao agravo de instrumento de que trata o §5º do artigo 356 do Novo Código de Processo Civil, deve-se aplicar a mesma lógica, em razão da identidade de fundamento em ambos os casos, qual seja, o provimento a ser desafiado versar sobre o mérito da demanda.

Neste esteio, por também entender ser cabível uma interpretação extensiva que possibilite a sustentação oral nos agravos de instrumento em questão, aplicando-se à hipótese o mesmo raciocínio utilizando quando da edição da súmula 255 do STJ, leciona Fredie Didier Jr.:

O art. 554 do CPC expressamente não permite a sustentação oral em julgamento de agravo. Embora o texto normativo diga o contrário, entendemos permitida a sustentação oral no julgamento do agravo contra a decisão que resolveu parte do mérito, pela identidade de *ratio* com a situação que levou a uma interpretação elástica do cabimento dos embargos infringentes, para se os admitir contra os acórdãos não unânime.<sup>28</sup>

Apesar do supracitado autor referir-se ao dispositivo constante no antigo Código de Processo Civil (1973), os argumentos então esposados são, ainda com mais razão, plenamente aplicáveis ao Novo CPC. Isto, pois, enquanto o CPC de 1973 vedava expressamente a sustentação oral no julgamento dos agravos de instrumento, o seu sucessor não o faz. Na verdade, conforme já exposto, em seu artigo 937, VIII, o CPC de 2015 possibilita a sustentação oral no julgamento dos agravos de instrumento interpostos em face de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias, em nada dispondo acerca daqueles que desafiem provimentos interlocutórios de mérito.

---

<sup>28</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. Revista da Esmal, Macció, n. 02, p. 169, 2003.

Em assim sendo, tem-se, no caso, uma omissão legislativa, assim como a que autorizou uma interpretação extensiva do artigo 530 do CPC/1973 quando da edição da súmula 255 pelo STJ.

### **5.2.3 DESESTÍMULO À CUMULAÇÃO DE PEDIDOS**

Por fim, importa asseverar que conceder tratamentos desiguais ao processamento da apelação e do agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de mérito, mediante uma outorga mais ampla de garantias de contraditório e ampla defesa no julgamento daquele, implica um desestímulo à técnica da cumulação de pedidos, o que, por óbvio, acarreta em sérios prejuízos à celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Isto, pois, se o autor, por exemplo, proceder a uma cumulação própria simples de dois pedidos, sendo um deles julgado improcedente ou parcialmente procedente por decisão interlocutória, nos termos do artigo 356 do Novo CPC, quando do julgamento do agravo de instrumento eventualmente interposto, o seu advogado não possuirá a possibilidade de realizar sustentação oral, o que acaba por diminuir, consideravelmente, o poder de influência do mesmo no convencimento dos magistrados. Assim, acaso o mesmo autor

preferisse, ao invés de cumular tais pedidos em uma única ação, ajuizar tais demandas separadamente, ambos pedidos seriam julgados separadamente por meio de sentenças, das quais caberiam o recurso de apelação. Nesta hipótese, a parte possuiria maiores garantias de contraditório e ampla defesa, sendo possível, inclusive, a sustentação oral por parte do seu patrono.

Tem-se, destarte, que inadmitir a sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento de que trata o artigo 356, §5º do Novo CPC, seria, em verdade, um desestímulo à técnica de cumulação de pedidos, e, por conseguinte, um desfavor à celeridade e efetividade da atividade jurisdicional.

#### **5.2.4 DA TÉCNICA DE COMPLEMENTAÇÃO DO JULGAMENTO PREVISTA NO NOVO CPC**

Apesar de extinguir a figura dos embargos infringentes, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 942<sup>29</sup>,

---

<sup>29</sup> “Art. 942: Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

estabelece consequências ao julgamento não unânime da apelação, da ação rescisória julgada procedente e, frise-se, do agravo de instrumento que reformar decisão interlocutória de mérito.

Assim, conforme determina o referido texto legal, em consequência à supressão da figura dos embargos infringentes, o Novo CPC traz a técnica de complementação do julgamento não unânime, na qual irão ser convocados novos julgadores, oportunizando-se a reversão do resultado inicial. Trata-se de um procedimento incidente, que será inerente a estes julgamentos.

Destarte, em conformidade com o novel diploma, esse procedimento será aplicado a mais situações do que aquelas em que são cabíveis os embargos infringentes no atual CPC, vez que inexistente a exigência de que o acórdão da apelação

---

§ 2o Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3o A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4o Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.”

reforme a sentença, além da expressa previsão da sua aplicação às hipóteses de agravo de instrumento que reforme decisão interlocutória que julgou parcialmente o mérito, independentemente da vontade das partes.

Nota-se, desta forma, que a aludida legislação, em consonância ao quanto defendido pelo presente trabalho, buscou, neste ponto, aproximar o tratamento conferido à apelação e ao agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória que resolve parcela do mérito, ao determinar expressamente em seu artigo 942, §3º, II, o prosseguimento do julgamento não unânime quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Nesta senda, faz-se evidente o cuidado especial dispensando pelo Novo CPC à hipótese em comento, haja vista tratar-se de irresignação em face de um provimento definitivo de mérito. Questiona-se, então: por que tal preocupação não foi considerada quando da previsão das situações em que serão cabíveis a sustentação oral?

Indubitavelmente, o novel diploma progrediu ao, diferentemente do seu antecessor (que não admitia a interposição de embargos infringentes nestes casos), aplicar tal técnica de complementação do julgamento não unânime quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o

mérito. Entretanto, a incongruência reside em o CPC de 2015 considerar o fato de se estar diante de decisões interlocutória de mérito ao determinar a ocorrência do referido incidente, mas não o fazer ao se omitir quanto à possibilidade de sustentação oral nas mesmas.

Logo, mais uma vez, tem-se posturas antagônicas do legislador processual frente a um mesmo fundamento.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com tudo quanto exposto, o presente trabalho defende que a injustificada omissão legislativa não pode ser capaz de afastar a garantia da sustentação oral e, conseqüentemente, o direito fundamental das partes ao contraditório e a ampla defesa<sup>30</sup>. Não seria razoável, assim, cercear um importante mecanismo de defesa das partes de alguns processos, enquanto em outros, cuja decisão verse de semelhante conteúdo, haja a plena garantia da sustentação oral.

Desta forma, muito embora não haja referência expressa no art. 937, VIII, do Novo Código de Processo Civil, defende-se que deve ser possível, sim, a sustentação oral dos

---

<sup>30</sup> ALVIM, Rafael. A sustentação oral e o agravo de instrumento no novo CPC. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/10/27/sustentacao-oral-em-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc/>. Acesso em 01 de novembro de 2015.

advogados no julgamento do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória. Para tanto, propõe-se, com vistas a superar as mencionadas incongruências, a realização de uma interpretação sistêmica e extensiva, norteadas pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa - positivados tanto na Carta Magna quanto no Código de Processo Civil.

Assim, conclui-se que a partir do momento em que o Novo CPC consagra as decisões interlocutórias de mérito – de conteúdo típico de uma sentença –, recorríveis por agravo de instrumento, deve-se também admitir, nesses casos, a sustentação oral das partes, a fim de conferir um tratamento isonômico em relação àquele concedido a outros recursos cabíveis contra decisões igualmente meritórias.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael. **Sustentação oral em Agravo de Instrumento no NCPC**. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/10/02/sustentacao-oral-em-agravo-de-instrumento-no-ncpc/> Acesso em 01 de novembro de 2015.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. II. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento conforme Novo CPC 2015.** Vol. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **O princípio do Contraditório e a cooperação no processo.** Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/> . Acesso em 23 de outubro de 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. **Revista da Esmal**, Maceió, n. 02, p. 149-184, 2003.

FREIRE, Alexandre; et. al. **Novas tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Vol. 02. Salvador: Juspodivm, 2014.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual.** 24:71-79. São Paulo: Dialética, março-2005.

NEVES, Daniel, Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle. **Novo CPC aprimora regras sobre a sustentação oral nos tribunais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral> Acesso em 30 de outubro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** Vol. 1. Editora: RT, 2015.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos. A resolução parcial do mérito no saneamento do processo e a natureza jurídica do pronunciamento judicial: da doutrina de Pontes de Miranda ao projeto do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coord). **Pontes de Miranda e o Direito Processual.** Salvador: Juspodivm, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira e ROBERTO, Welton. **O contraditório substancial no Projeto do Novo CPC.** In: Novas Tendências do Processo Civil. Vol. 02. Editora Juspodivm, 2014.

SOUZA, Artur César de. **Os princípios e valores constitucionais como diretrizes do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Revista de Processo. Ano 38. Vol. 223. Set/2013

THEODORO JR. Humberto e outros, *in*: **Fundamentos e Sistematização do novo CPC.** Forense, 2015.



---

## CAPÍTULO VIII

### NATUREZA ESPECIAL CONSTITUCIONAL DA APOSENTADORIA DE PROFESSOR E A INAPLICABILIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

**Marcelo Henrique Moreno Santos\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Fator Previdenciário; 3. Breve Histórico sobre a Aposentadoria do Professor; 4. Exclusão do Fator Previdenciário nas Aposentadorias de Professor dos Ensinos Infantil, Fundamental e Médio; 5. Regra 85/95; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente estudo, parte dos imediatos problemas: O fator previdenciário deve ser, ou não, aplicado no cálculo da aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio? Qual a natureza jurídica dessa modalidade de aposentadoria? O trabalho tem por objetivo examinar o perfil da aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio; informar sobre a origem e o efeito da aplicação do fator previdenciário; destacar a possibilidade de exclusão do fator previdenciário. Para tanto, utiliza-se como objeto, o exame da atribuição da natureza especial constitucional dessa espécie de aposentadoria. A metodologia utilizada para a escrita desse estudo foi a seguinte: definidos os problemas, o objeto, e objetivo do trabalho, foram executadas pesquisas documentais, com a investigação bibliográfica realizada com base em: doutrina; publicações periódicas; julgados dos Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Unificação de Jurisprudência dos Juizados

---

\* Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior Unyahna de Barreiras-BA. Pós-Graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. Advogado.  
E-mail: marcelohm.moreno@gmail.com

Especiais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; textos e artigos publicados em sites da internet.

**PALAVRAS-CHAVE:** aposentadoria especial constitucional; fator previdenciário; tempo de contribuição; idade.

**ABSTRACT:** The study of the present immediate problems: the social security factor should be, or not, applied without calculation of infant school teachers of retirement, and key east? What is the legal nature this retirement mode? The study aims to examine the profile of the retirement of kindergarten teachers and elementary and secondary; report on the origin and the application effect of the social security factor; highlight the possibility of exclusion from social security factor. For this research, was used as the object, the examination of the allocation of the special constitutional nature this kind of retirement. The methodology for writing in this study was a next: after defined the problems, the object, and goal, were performed documentary research, with one in basic bibliographic research carried of: doctrine; periodicals; Justices of the Federal Regional Courts, the National Unification of Jurisprudence of Special Courts Federal Class, of Superior Court and the Supreme Court; texts and published articles in internet sites.

**KEYWORDS:** constitutional special retirement; social security factor; contribution time; age.

## 1. INTRODUÇÃO

É notório e cediço o trabalho extenuante do professor, por isso o constituinte protegeu esse profissional, privilegiando-o com a redução de 5 (cinco) anos no computo do tempo de contribuição, nos termos do art. 201, § 8º da Constituição da

República. Ocorre que a legislação específica (Lei 8.213/1991) determina a aplicação do fator previdenciário no cálculo da renda desse benefício. A partir da ótica constitucional, começou-se a questionar a incidência do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias de professores de ensino infantil, fundamental e médio.

Sobre a exclusão do fator previdenciário nas aposentadorias de professor, há decisões favoráveis segurados do magistério, nos tribunais superiores. Esses julgados abrem precedentes para o reconhecimento de um direito, dos professores, garantido constitucionalmente.

O presente estudo, então, surge a partir da seguinte problemática e as consecutivas hipóteses: O fator previdenciário deve ser, ou não, aplicado no cálculo da aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio? Qual a natureza jurídica dessa modalidade de aposentadoria? Talvez o fator previdenciário deva incidir, haja vista a natureza contributiva do artigo 29, inciso I, da Lei 8.213/91; ou não, devido à proteção constitucional específica. Talvez a aposentadoria de professor não tenha natureza especial, e, conseqüentemente, não seja plausível a inaplicabilidade do fator previdenciário.

O presente artigo tem por objeto a incidência do fator previdenciário no cálculo das aposentadorias de professores de

ensino infantil, médio e fundamental e os julgados determinando a sua exclusão. O objetivo é traçar um panorama da legislação previdenciária, intrínseca aos professores e o famigerado fator previdenciário; e mostrar se o entendimento da jurisprudência inerente ao assunto tende a ser pacificado.

A metodologia utilizada para a escrita desse estudo foi a seguinte: definidos os problemas, o objeto, e objetivo do trabalho, conforme dito acima, foram executadas pesquisas documentais, com a investigação bibliográfica realizada com base em: doutrina; publicações periódicas; julgados dos Tribunais Regionais Federais, Turma Nacional de Unificação de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal; textos e artigos publicados em sites da internet.

## **2. ORIGEM E EFICÁCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO**

Criado pela Lei nº 9.876/99, o fator previdenciário tem por fim precípua o desestímulo à precocidade nos pedidos de aposentadoria. No cálculo são consideradas as seguintes variantes: tempo de contribuição do segurado, idade à época do pedido de aposentadoria, e expectativa de sobrevida. A

expectativa de sobrevida, criada pela Lei 8.213/1991<sup>1</sup>, em seu artigo 29, § 8º significa “o número de anos que, em média, o segurado irá receber seu benefício”<sup>2</sup>.

Segundo o professor SANTOS (2012, p. 919): “Os argumentos centrais para criação do fator previdenciário em 1999, e para sua manutenção, basearam-se em dois pilares: o déficit da Previdência Social e o aumento da expectativa de sobrevida humana”.

A criação do fator, portanto levou em conta, principalmente, o orçamento com a previdência, pois com o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, decréscimo na taxa de natalidade, e conseqüente diminuição da população economicamente ativa jovem, nas últimas décadas, o número de contribuintes tende a ficar aquém do número de beneficiários.

Muito se discute sobre a eficiência do fator previdenciário, como fomentador de redução nas despesas

---

<sup>1</sup> Art. 29, § 8º, Lei 8.213/1991 - Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

<sup>2</sup> MAGANO, Otávio Bueno. Constitucionalidade do art. 29 da lei n o8.213, de 1991, com a redação preconizada por Projeto do Poder Executivo. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 10, março 2000, página 6. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1021/1005>. Acesso em: 10/07/2016.

com previdência. SANTOS (212, p. 921) em resultado de análise das estatísticas do Ministério da Fazenda, informa que do momento de criação fator previdenciário até o ano de 2013, apenas 31 bilhões de reais foram economizados, uma economia de apenas 1,29% em relação aos gastos, do mesmo período, aproximadamente 2 trilhões e 400 bilhões de reais com benefícios.

A fórmula, dada pela Lei nº 9.876/1999, para calcular o fator previdenciário é a seguinte:

$$f = \frac{T_c \cdot a}{E_s} \cdot \left[ 1 + \frac{(I_d + T_c \cdot a)}{100} \right]$$

Para tanto:

f = fator previdenciário;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria.

Na prática é o seguinte: o segurado, que tiver maior tempo de contribuição e maior idade, terá maior valor de benefício; e aqueles, com menor tempo de contribuição e menor idade, terão benefícios com valores menores.

A fórmula do fator previdenciário, portanto, influencia diretamente na Renda Mensal Inicial (RMI), uma vez que: se, no cálculo, o fator for menor que 1 (um) o segurado terá renda mensal inicial inferior ao salário-de-benefício (valor sobre o qual se contribui); caso contrário, se for superior ou igual a 1 (um) a renda mensal inicial o fator previdenciário não terá função de reduzir o benefício.

Por exemplo, um indivíduo, que possua 35 anos de contribuição e 65 anos, terá, em 2015, como fator previdenciário 1,054. Já o segurado com 35 anos de contribuição e 60 anos, terá, em 2015, como fator previdenciário 0,850.

Ou seja, no atual sistema, para que a natureza restritiva do fator previdenciário seja neutralizada, é imprescindível que no seu cálculo o resultado seja superior ou igual a 1 (um).

### **3. BREVE HISTÓRICO SOBRE A APOSENTADORIA DO PROFESSOR**

A constituição da República, em seu artigo 201, parágrafo 7º, assevera que para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição são necessários 30 (trinta) anos para a segurada e 35 (trinta e cinco) anos para o segurado.

O parágrafo 8º do mesmo artigo, no entanto, reduz os referidos períodos de contribuição em 5 (cinco) anos para

professores com exercício efetivo nas funções de magistério nos ensinos infantil, fundamental e médio.

Assim, para esses professores (de magistério nos ensinos infantil, fundamental e médio) são exigidos 25 (vinte e cinco) anos para a professora (mulher) e 30 (trinta) anos para professor (homem).

É de bom alvitre salientar que a natureza diferenciada da aposentadoria para professor de magistério tem como origem o Decreto nº 53.831, de 1964, o qual classificou tal atividade como “penosa”.

Nesse sentido, esclarece BAARS (2014) que a natureza penosa da atividade de professor inicialmente seria em decorrência do constante contato com o pó de giz, do desgaste físico ou mesmo como forma de compensação pelos baixos salários.

O critério especial por penosidade, entretanto durou até 1981, quando, por força da Emenda Constitucional nº 18, incluindo a aposentadoria do professor transformou-se em aposentadoria por tempo de serviço.

O texto introduzido pela Emenda Constitucional 18 de 1981, na forma do inciso nº XXI do art. 165, da, então, CF/67, foi seguinte: “a aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral”. O dispositivo foi

praticamente mantido pela Constituição de 1988, com o artigo 201.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 modificou o texto para que a aposentadoria não mais fosse por tempo de serviço, e sim por tempo de contribuição, incluindo o parágrafo 8º, com o fito de reduzir em cinco anos o período necessário para a aposentadoria dos professores de ensino infantil, médio e fundamental.

Mister se faz anotar que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, de 2006, foi reconhecido que somado ao cargo de professor, a expressão “funções de magistério” abrange direção, coordenação e assessoramento escolar, mesmo que o profissional não esteja necessariamente na sala de aula.

Portanto, para se aposentar, nos termos constitucionais – 25 anos de contribuição para professora, e 30 anos de contribuição para professor – faz-se necessário o exercício do ensino infantil, médio e fundamental ou atividades relacionadas à coordenação e ao assessoramento escolar.

#### **4. INAPLICABILIDADE DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NAS APOSENTADORIAS DE PROFESSOR DOS ENSINOS INFANTIL, FUNDAMENTAL E MÉDIO**

A celeuma em torno da possibilidade da exclusão do fator previdenciário na aposentadoria de professor consiste no fato de que a Lei 9.876/1999 enquadrou os professores no inciso I do atual artigo 29 da Lei 8.213/1991.

Observe o teor do inciso I, do art. 29 da Lei 8.213/1991:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) I - para os benefícios de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

De acordo com esse dispositivo, a apuração da Renda Mensal Inicial do segurado do magistério seria obtida por meio da extração da média dos 80% maiores salários de contribuição, multiplicados pelo fator previdenciário.

Do modo como se impõe a legislação vigente, a multiplicação do fator previdenciário aos salários de contribuição ocasiona ao professor dos ensinos infantil,

fundamental e médio grandes prejuízos no valor mensal do benefício, porque o fator leva em consideração idade e tempo de contribuição em sua fórmula. Logo, a renda dessa modalidade de segurado sofre demasiado decréscimo no cálculo da renda do benefício, forçando o professor a permanecer na sala de aula, quando o intuito constitucional era o contrário: retirar o professor da sala de aula mais cedo, para preservá-lo a saúde.

Com base no fundamento de que a EC 20/98 veio resgatar a proteção específica dada aos professores em 1964, começou-se a traçar o seguinte raciocínio: Se o objetivo do constituinte em 1998 era amparar o professor dos efeitos nocivos de sua atividade laboral (em razão do estresse, do desgaste físico e mental intrínseca à sua função) possibilitando-o que se aposentasse mais jovem, a inclusão do fator previdenciário nesse caso estaria em sentido contrário à proteção constitucional.

Como o critério da aposentadoria especial da Lei 8.213/91 é a redução do tempo de contribuição, em 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos conforme o grau de risco, no caso do magistério, a CF/88 também determinou a redução do tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

Destarte, seria incabível a aplicação do fator previdenciário a esses professores, haja vista à natureza

especial dessa aposentadoria, não pela Lei 8.312/1991, mas por ser constitucionalmente especial.

Sobre a natureza especial constitucional da aposentadoria ao segurado do magistério, é importante citar trecho exarado pelo Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, numa decisão sobre o tema:

O § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, ao reconhecer ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio o direito à aposentadoria por tempo de contribuição com redução de cinco anos, certamente conferiu à categoria e, por extensão, ao benefício, **status diferenciado; agregou-lhes valor que deve ser respeitado pelo legislador ordinário.** A disciplina do direito assegurado pela Constituição, assim, deve ser feita de forma adequada. Norma que restrinja de alguma forma o direito assegurado pela Constituição, portanto, somente será válida se guardar a devida proporcionalidade e o respeito às demais cláusulas constitucionais. 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 5004320-12.2013.404.7111/RS (grifo nosso).

Com esse fundamento a Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao Recurso Extraordinário 699.070, de Sergipe (RE 699.070/SE),

reconhecendo a exclusão do fator previdenciário em aposentadoria de professor do ensino médio, fundamental e infantil. A decisão levou em consideração a qualidade de segurado especial do professor, por conta do destaque constitucional, determinando que o cálculo da aposentadoria fosse feito, nos termos do art. 29, inciso II, da Lei 8.213/1991. Ou seja, sem a incidência do fator previdenciário.

A Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), no dia 18 de junho de 2015, em sessão no Espírito Santo, decidindo processo tendo com fundamento na decisão da Turma Recursal da Justiça Federal Sergipana, também reconheceu a exclusão do fator previdenciário.

Veja a ementa da decisão:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. **CONDIÇÕES DIFERENCIADAS ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO AO PROFESSOR (ART. 201, § 8º). NÃO INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO QUANDO ACARRETAR REDUÇÃO DO VALOR DA RENDA MENSAL INICIAL. PEDIDO CONHECIDO E PROVIDO.** (Processo nº 5010858-18.2013.4.04.7205. Turma Nacional de

Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Juiz Federal: João Batista Lazzari). (grifo nosso).

Em sua fundamentação, o Juiz Federal Dr. João Batista Lazzari utilizou como argumento o fato de que a aplicação do fator previdenciário nessa espécie de aposentadoria, ensejaria na anulação da proteção constitucional. Isto é, tal índice redutor seria incompatível com o mandamento constitucional.

Perfilha-se com a tese da exclusão do fator previdenciário, nos casos dos segurados das funções de magistério, a Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO. CABIMENTO. 1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de conversão de tempo de serviço especial laborado na atividade de magistério, em tempo de serviço comum. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, **"Não incide o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria do professor"** (AgRg no REsp 1251165/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014) Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1485280/RS, Rel. Ministro Humberto

Martins, **Segunda Turma**, julgado em 16/04/2015, DJe 22/04/2015) (grifo nosso).

Do mesmo modo, é o entendimento da Quinta Turma do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Não incide o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício de professor. Precedentes.** 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 1251165/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, **Quinta Turma**, Julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014) (grifo nosso).

Como visto, a jurisprudência sobre a matéria, pouco a pouco, está solidificando-se no sentido da exclusão do fator previdenciário.

## 5. REGRA 85/ 95

Em julho de 2015 entrou em vigor a Medida Provisória nº 676/2015, convertida na Lei 13.183/2015, em novembro de 2015, que criou a chamada regra dos 85/95. A fórmula 85/95 significa que o segurado precisa atingir um número mínimo de pontos, obtido a partir da soma da idade e

o tempo de contribuição, para poder se aposentar com o valor integral do benefício. A mulher precisa somar 85 pontos e o homem 95.

Assim como o fator previdenciário, a regra 85/95 constitui-se numa tentativa de aliviar os gastos públicos som a seguridade social. A diferença é que o fator tem por objetivo evitar as aposentadorias precoces, enquanto a regra 85/95 objetiva a limitação nos pedidos de aposentadoria por contribuição.

Sobre a nova regra, calha trazer à baila a crítica de Nery:

Embora pareça benéfica para todos os segurados do País, a fórmula 85/95 atinge apenas o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, que é concentrado de maneira desproporcional em algumas regiões do país. Isso ocorre porque i) a composição demográfica é diferente no país, com alguns estados tendo população mais idosa do que outros e; ii) a aposentadoria por tempo de contribuição exige o mínimo de 30/35 anos de carteira assinada, que muitos trabalhadores pobres não puderam atingir (NERY, 2015, p. 08).

Em que pese haver vantagens e desvantagens com o sistema implantado pela Lei 13.183/2015, ainda é cedo para traçar um diagnóstico sobre a efetividade do sistema 85/95. O que se sabe, todavia é que tal regra não será definitiva, pois a

expectativa de vida do brasileiro aumenta a cada ano, acompanhada, simultaneamente, da redução das taxas de natalidade. Por isso, reformas na Previdência Social ainda estarão por vir.

A nova regra surgiu como alternativa ao fator previdenciário no cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição. No entanto, é salutar destacar que o fator previdenciário não foi extinto, ele coexiste com a regra dos 85/95. Ou seja, no momento de requerer a aposentadoria, o segurado poderá optar entre o cálculo do fator previdenciário e o cálculo do sistema 85/95.

Ainda que essa nova norma possibilite o cálculo da renda do benefício sem a aplicação do fator previdenciário, desde julho de 2015, não impede àqueles que se aposentaram em momento anterior possam pleitear a revisão de seus benefícios para a exclusão do fator previdenciário.

A nova legislação faz com que o fator previdenciário não apareça mais na posição única de vilão das aposentadorias. Isso porque, com a regra 85/95, muda-se o foco dos questionamentos, que, antes, eram “com fator previdenciário *versus* sem fator previdenciário”, agora passaram a ser “regra 85/95 ou fator previdenciário”.

O presente estudo não tem por fim precípua explorar a dicotomia entre os dois sistemas, e sim de analisar a

possibilidade de exclusão do fator previdenciário no cálculo das aposentarias de professores concedidos em momento anterior e posterior à regra 85/95, com base na natureza especial constitucional dessas aposentadorias.

## **6. CONCLUSÃO**

A partir da pesquisa realizada, e do aprofundamento dos estudos sobre a natureza da aposentadoria de professor e do dever legal de aplicar-lhe ou não o fator previdenciário, conclui-se que a aposentadoria de professores de ensino infantil, fundamental e médio possui natureza especial constitucional. E, portanto, o fator previdenciário não deve incidir nesses casos.

Ora, se a intenção do constituinte, de 1988, foi beneficiar o professor em tirá-lo mais cedo da sala de aula, em razão da atividade desgastante, força-lo a ficar mais tempo trabalhando, devido à incidência do fator previdenciário traduz-se em flagrante violação à dignidade do educador, posto que a sua saúde física e mental acaba sendo comprometida.

A incidência do fator previdenciário por considerar as variantes: idade, tempo de contribuição e expectativa de vida nessa espécie de aposentadoria torna-se prejudicial ao segurado do magistério.

Importante ressaltar que a natureza especial da aposentadoria de professor é diferente da natureza especial das aposentadorias disciplinadas pela Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social. Em termos práticos, enquanto as aposentadorias especiais regidas pelo art. 57, da Lei nº 8.213/1991 reduzem o tempo de contribuição, conforme o grau de exposição aos agentes nocivos, a aposentadoria especial constitucional do professor, além de prever o tempo de contribuição reduzido expressamente na Constituição, a ela não deve incidir o fator previdenciário.

As decisões já exaradas, acerca da tese ventilada, demonstram a sensibilidade do julgador em visualizar a essência protetiva da Constituição, em detrimento de índice que pune o professor com a sua incidência, o fator previdenciário. Inobstante o tema não esteja pacificado, tais precedentes possibilitam que os professores, já aposentados, ajuízem ações, coletivas ou individuais, pleiteando a exclusão do fator previdenciário.

## REFERÊNCIAS

ANFIP, Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da seguridade social/ Flavio Tonelli Vaz, Juliano Sander Musse, Rodolfo Fonseca dos Santos (Coordenadores)** - Brasília: ANFIP, 2008.

BAARS, Renata. **Aposentadoria por tempo de contribuição do professor.** Revista da Câmara dos Deputados, consultoria legislativa, Setembro 2014.  
<<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema15/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-do-professor-renata-baars>> Acesso em 01.12.2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 18 de 30 de junho de 1981. **Dispõe sobre aposentadoria especial para professores e professoras.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc18-81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-81.htm)>. Acesso em: 29/11/2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. **Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm)>. Acesso em: 28/11/2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 26/11/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 03/12/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 01/12/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.876 de 1.999. **Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm)>. Acesso em: 24/11/2015.

CROCHES, Rodrigo Gama. **Fator previdenciário: Retrocesso social e propostas legislativas de alteração do cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69f00c668860dd2a>>. Acesso em 29/11/2015.

GUSTIN, Miracy B. de Sousa, DIAS, Maria Tereza F.. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

KERTZAMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 9 ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica.** 4 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MAGANO, Otávio Bueno. Constitucionalidade do art. 29 da lei 8.213, de 1991. **Revista Jurídica Virtual**, vol. 1, n.10,

março 2000, página 6. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1021/1005>>. Acesso em: 10/07/2016.

**NERY, Pedro Fernando. Fórmula 85/95: que Estados pagam o fim do fator previdenciário?**

<<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2015/07/formula-8595-que-estados-pagam-o-fim-do-fator-previdenciario.pdf>>. Acesso em 30/07/2016.

**MARCONI, M. A. Metodologia Científica para o Curso de Direito.** 2 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

**MOTTA, Fábio. Fim do Fator Previdenciário.** Disponível em: <<http://fatorprevidenciariox.blogspot.com.br/>>. Acesso em 29.11.2015.

**RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria especial: regime geral da previdência social.** 3 ed., Curitiba: Juruá, 2008.

**SANTOS, Matusalém dos. Alternativa ao ineficaz e perverso fator previdenciário. Revista de Previdência Social,** São Paulo, n. 384, p. 919-921, nov. 2012. Mensal.

**TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário.** 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

**VIEIRA, Marcos André Ramos. Manual de Direito previdenciário.** 3 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

---

## CAPÍTULO IX

### VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELA MÍDIA BRASILEIRA

Lucas Araújo Mascarenhas<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Liberdade de Imprensa; 3. A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos de Personalidade: Intimidade e Direito à Imagem; 4. Direitos e garantias da Criança e do Adolescente: a proteção constitucional e infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente); 5. Responsabilidade jurídica dos Meios de Comunicação; 6. Considerações Finais; Referências

**RESUMO:** é preciso ter presente que a imprensa, não obstante o seu papel primordial de divulgação de informação à sociedade, não tem liberdade ilimitada, antes deverá curvar-se ao primado das leis constitucionais e infraconstitucionais. Não poderá, por essa razão, veicular tudo aquilo que entenda oportuno ou conveniente, sob pena de sacrificar outros direitos constitucionais. Como o tema aborda direitos constitucionais no mesmo patamar hierárquico somente no caso concreto é possível a análise de um juízo sobre a prevalência de um em detrimento de outro (análise casuística do conflito entre direitos fundamentais: Liberdade de expressão versus direito à intimidade e à imagem). O presente artigo faz uma abordagem crítica do que diz a doutrina sobre o tema, bem como de legislações constitucionais e infraconstitucionais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Liberdade de Imprensa – Direitos da Criança e do Adolescente – Intimidade – Direito à Imagem – Dignidade da Pessoa Humana – Estatuto da Criança e do

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Registro de Matrícula 213104485, no sétimo semestre (2015.1).

## Adolescente – Responsabilidade Civil – Meios de Comunicação

**ABSTRACT:** It is necessary that the media, although it has a primordial role in disseminating of information to society, there is not unlimited liberty, before it should respect the Constitution and the infra laws. It can not disseminate sacrificing other constitutionals rights. As the theme will deal with constitutionals rights at the same level hierarchical, only in the present case, it is possible to make a judgment of which one will be the manly over another. This article is a critical approach to which says the doctrine as well as the constitutional and infra laws.

### 1. INTRODUÇÃO

Diversas discussões têm sido travadas em torno dos limites da liberdade de imprensa, tendo em vista os constantes confrontos com outros direitos fundamentais, tais como direito à intimidade e à imagem.

Vale ressaltar que a atuação da imprensa é essencial para uma sociedade democrática, não podendo ultrapassar certos limites, mas tendo como dever difundir ideias e informações de interesse público, de maneira compatível com suas obrigações e responsabilidades.

O presente artigo científico, tendo em vistas estas discussões, irá acentuar a sua temática em relação a uma proteção integral das crianças e adolescentes, tendo em vista a sua vulnerabilidade jurídica, abordando ainda recentes

julgados do Superior Tribunal de Justiça, quanto à responsabilidade jurídica dos meios de comunicação.

Visto que no confronto entre direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, não se vislumbra qualquer hierarquia possível, a priori, por serem prerrogativas de igual índole constitucional, sem qualquer prévia limitação tipificada na Constituição.

Visto que os princípios são “mandamentos de otimização”, segundo Robert Alexy<sup>2</sup>, e “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Quando, ao contrário, dois princípios incidem sobre o mesmo fato, um deles terá precedência sobre o outro. Para determinar qual princípio deverá ceder, utiliza-se a “lei da colisão”, “há colisão, *in concreto*, quando o exercício de um direito fundamental, por um titular, obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de outro direito fundamental pertencente a outro titular”<sup>3</sup>.

Não obstante, segundo Karl Larenz<sup>4</sup>, haverão de confrontar-se entre si: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 175.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 175.

<sup>4</sup> LARENZ, Karl *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. São Paulo. Editora Atlas. 2001, p. 168.

intensidade do interesse na informação, de outro lado, a espécie (esfera privada ou apenas esfera profissional) e a gravidade (modo deformado e injurioso da reportagem) do prejuízo causado ao bem da personalidade.

Portanto, o presente artigo científico tem como cerne o estudo sobre os limites do direito de informar, entre a ânsia informativa/lucrativa e os interesses individuais dos menores envolvidos.

## **2. A LIBERDADE DE IMPRENSA**

Os Meios de Comunicação se tornaram grandes negócios nos dias atuais. Há poucos conglomerados econômicos que controlam grande parte da produção da informação no nosso país. Os grandes proprietários e administradores destes grandes meios de difusão da informação decidem sobre a conveniência e a oportunidade do que será informado, sem se ater a padrões mínimos éticos.

A proposta de libertação através da informação e da liberdade de pensar vem historicamente sendo questionada. Conforme leciona o Ruy Barbosa<sup>5</sup>, em seu livro “A imprensa e o dever da verdade”, ressalte-se, publicado em 1920, já

---

<sup>5</sup> BARBOSA, Ruy. A Imprensa e o Dever da Verdade. 3ª Edição. Editora da Universidade de São Paulo. 1990.

afirmava sobre a falta de ética no jornalismo brasileiro que se vendia aos interesses do governo.

O supracitado autor questionava na sua obra a corrupção que se alastrava pela máquina administrativa do Brasil e consigo levava também a imprensa como meio de apaziguar a sua situação diante do povo brasileiro. Chamava atenção, para esclarecer que: “um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país, que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições”<sup>6</sup>.

Segundo Cristiano Chaves de Farias<sup>7</sup>, o direito de informação não pode ser admitido em caráter absoluto, ilimitado, sendo imperioso estabelecer limites ao direito de informar a partir da proteção dos direitos da personalidade (imagem, vida privada, honra, entre outros bens jurídicos), especialmente com base na tutela fundamental da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, o jornalista, no desempenho da atividade de informar, tem inegável dever de verdade, de noticiar sem criar, distorcer ou deturpar fatos. É certo que esse

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pg. 159-164 .

dever de verdade não pode ser levado a extremos, dadas as limitações que ao órgão de imprensa se impõem na apuração fática. Portanto, antes de publicar qualquer informação, é imprescindível que seja autêntico de fonte e verdade do conteúdo.

A liberdade de imprensa, segundo Pedro Frederico Caldas<sup>8</sup> tem limites internos e externos. Os limites internos traduzem-se nas responsabilidades sociais e no compromisso com a base na veracidade, na exatidão, na objetividade e no equilíbrio. Já os limites externos encontrariam muros justamente nos limites de outros direitos de igual hierarquia constitucional. Já que a liberdade de um direito se esbarra no limite de outra liberdade de direito.

Conforme entendimento de Gilberto Haddad Jabur, “a imprensa mantém e sustenta a democracia, mas, movidos pelo descuido, pela pressa, pelos interesses capitalistas ou simplesmente malsãos, os órgãos de comunicação perdem, com frequência, sua legítima função social”<sup>9</sup>.

As limitações à liberdade de imprensa, por mais liberal o sistema, se justificam por não ser tal liberdade um fim em si

---

<sup>8</sup> CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 133.

<sup>9</sup> JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entres Direitos da Personalidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 333.

mesmo. Infelizmente, cada vez mais comum o uso dos meios de informação e da mídia não somente como acesso à concretização da liberdade de expressão, tão necessária ao país, mas também como veículos de difusão de ofensas aos direitos personalíssimos, vilipendiando ainda mais quando vincula crianças e adolescentes, sujeitos vulneráveis em nosso ordenamento que precisam de uma atenção maior.

No tocante a esta liberdade de expressão deturpada, atualmente, Gilmar Mendes<sup>10</sup> entende que poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. “A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência”<sup>11</sup>.

A imprensa, contudo, deveria primar pela qualidade, imparcialidade e idoneidade, criando, por exemplo, uma auto-regulamentação de sua atividade profissional, adotando um comportamento crítico, ético e responsável. Sidney Cesar Guerra afirma que a liberdade de imprensa “pode tornar-se

---

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 390

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 402.

veículo de desrespeito à pessoa, pela divulgação apressada e desatenta de notícias, muitas vezes colhidas por um repórter ávido de promoção às custas da divulgação de fatos da vida privada de artistas e homens públicos”<sup>12</sup>. Há a exposição da intimidade a milhares de leitores, sem possibilidade de defesa, pois ineficaz se revela o chamado direito de resposta para reparar o dano já causado à personalidade de alguém, ao seu nome, ou de sua família, etc.

A má imprensa não só lesiona direitos e interesses jurídicos e morais das pessoas a quem afeta a publicidade caluniadora ou escandalosa, deixando de observar preceitos éticos e legais, como também corrompe, progressivamente, sentimentos e a moralidade média da sociedade, engendra uma espécie de curiosidade e animosidade mórbidas no público, e, sobretudo, nas pessoas.

Consoante afirma Sidney Cesar Silva Guerra “as empresas passaram a publicar apenas o que interessava a si e a seus acionistas ou anunciantes, e a ignorar ou julgar irrelevantes o que não correspondesse a tais interesses, além de omitir, distorcer ou mesmo fabricar fatos, para beneficiar-se

---

<sup>12</sup> GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1999. P. 234

ou manter suas posições e privilégios, em conluio com os detentores do poder político”<sup>13</sup>.

### **3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>14</sup>, respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato. Desse modo:

o ser humano não pode ser exposto como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público<sup>15</sup>.

Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 270

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, p. 414.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 423

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana, conforme o Professor Dirley da Cunha Jr.:

É uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>16</sup>.

O direito-dever da mídia de informação foi desvinculado de seu objetivo original, que seria informar aquilo que é de inegável interesse público, transformando, assim, um meio de uso democrático em um objeto de expressão de interesses egoístas. Contudo, a obsessão pelo lucro na busca pela audiência deturpa o dever da imprensa. Prestigia-se o entretenimento, e, por conseguinte, sufoca-se a informação socialmente útil.

---

<sup>16</sup> CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição. Salvador: Editora Juspovium. 2011. P. 458.

No que tange ao direito à intimidade, para Dirley da Cunha Jr.<sup>17</sup> corresponde à essência do indivíduo, à sua personalidade, o direito de manter afastado dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera.

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só, ou *the right to be alone*.

Na ânsia de divulgar notícias, os jornalistas acabam invadindo a intimidade dos indivíduos, num total desrespeito aos direitos constitucionalmente consagrados. Até que ponto é lícito à imprensa tornar pública a vida íntima das pessoas sob pretexto de levar a informação aos diversos setores da sociedade?

No que toca ao direito à imagem, segundo Pablo Stolze<sup>18</sup>, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica. Havendo duas espécies: a imagem-retrato que corresponde ao aspecto

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. I. p. 331

físico da pessoa; e a imagem-atributo que é a exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, a forma como ele é visto socialmente.

O indivíduo com direito à sua imagem (fisionomia) e o indivíduo protegendo-se contra a divulgação indevida de sua imagem (retrato da imagem). A imagem, conforme Pablo Stolze<sup>19</sup>, traduz a essência da individualidade humana, a sua violação merece firme resposta judicial.

O direito à imagem é bastante amplo tratando de proteção à pessoa em relação à sua forma estética, bem como aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas etc.) que a individualizam na coletividade, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação no meio social.

Segundo leciona Cristiano Chaves de Farias<sup>20</sup>, em casos de colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa, a priori não há qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, casuisticamente, qual o

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pg. 211.

interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Não obstante, o supracitado autor<sup>21</sup> assevera, ainda, que se a informação veiculada pela imprensa vulnera a privacidade ou a imagem de alguém, estará, assim, desvirtuando o exercício do direito à notícia, caracterizando verdadeiro abuso de direito, prontamente reparável. “É o caso da veiculação de notícia fazendo referência desabonatória a alguém, sem qualquer cunho jornalístico”<sup>22</sup>.

Para o referido autor<sup>23</sup> afronta os direitos da personalidade “o sensacionalismo promovido pelo órgão de imprensa, lesando a dignidade humana, mesmo que os fatos veiculados estejam, de fato, sendo apurados pela Polícia ou pelo Ministério Público”.

É intolerável que a imprensa venha a se valer de seu prestígio e alcance para impor prejuízo aos direitos da personalidade de qualquer pessoa, atentando contra a sua honra, imagem ou intimidade.

Outrossim, Claudio Luiz Bueno<sup>24</sup> também entende ser necessário verificar, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de

---

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 215.

<sup>22</sup> Idem, p. 225.

<sup>23</sup> Idem, p. 230.

<sup>24</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. São Paulo. Editora Atlas. 2001. P. 169.

determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de um suposto interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo, em que “o sensacionalismo, a notícia veiculada com o fim precípua de causar escândalo e dele se tirar proveito, nada mais senão, para alguns, um verdadeiro abuso do direito de informar”<sup>25</sup>.

Não só a utilização indevida da imagem, não autorizada, mas, também o desvio de finalidade do uso autorizado, caracterizam, conforme Pablo Stolze <sup>26</sup>, em violação ao direito à imagem, devendo o infrator ser civilmente responsabilizado.

Segundo a Roxana Cardoso<sup>27</sup>, a exposição ou captação não autorizada da imagem de alguém, para ser ilícita, não requer a ofensa à honra da pessoa retratada ou filmada assim como é indiferente à intenção, dolosa ou culposa, daquele que indevidamente a utiliza. A imagem física de uma pessoa (retrato, filme, desenho) é juridicamente protegida contra a exposição ou reprodução por outrem, bastando, assim, a sua reprodução não autorizada.

---

<sup>25</sup> Idem, 170-171.

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. I. p. 230.

<sup>27</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 160.

É imprescindível proteger a esfera privada da pessoa contra a intromissão, curiosidade e bisbilhotice alheia, além de evitar a divulgação das informações obtidas por meio da intromissão indevida ou, mesmo, que uma informação obtida legitimamente seja, sem autorização, divulgada.

O direito à imagem, para Anderson Schreiber<sup>28</sup>, é condenado a violações sistemáticas, sem que a ordem jurídica tenha se mostrado capaz, até o momento, de oferecer instrumentos eficientes para sua proteção, e afirma que parecer ser “ao contrário, a maior parte da comunidade jurídica parece satisfeita em se limitar a disponibilizar ao lesado a via tortuosa da ação reparatoria”<sup>29</sup>.

#### **4. DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL (ECA)**

Os artigos 143 e 247, da Lei 8.069/90, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, deixam claro que é proibida a divulgação de imagem de criança ou adolescente envolvido ou a quem é atribuído a prática de ato infracional, bem como é vedado exibir total ou parcialmente, fotografia de

---

<sup>28</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. P. 389.

<sup>29</sup> Idem, p. 390.

criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente (art. 247, § 1º da Lei 8.069/1990).

Outrossim, é solidária a responsabilidade, podendo demandar tanto a TV que veicula a matéria, quanto o seu profissional responsável pela divulgação, pois é da essência da solidariedade, conforme leciona Rosato Lépure Sanches<sup>30</sup>, sendo enfático na defesa de que o sujeito ativo da infração administrativa prevista no art. 247, do ECA, pode ser a pessoa física divulgadora da notícia irregular em desfavor da criança ou adolescente, além da pessoa jurídica a qual se vincula ou disponibiliza a informação.

Katia Maciel<sup>31</sup> assevera que a vulnerabilidade infanto-juvenil tem ensejado um abuso da condição de pessoa em desenvolvimento. A coisificação dos menores, como se fossem “projetos de gente” carecedores de respeito e consideração, desencadeia atos de violência física e moral, visto que estigmatiza diante de sua exposição pública.

---

<sup>30</sup> SANCHES, Rosato Lépure Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado Artigo por Artigo. 4 ed., 2012, p. 591.

<sup>31</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2010. P. 234.

Nenhum direito é absoluto, notadamente diante da prioridade do interesse de crianças ou adolescentes. Katia Maciel<sup>32</sup> leciona que:

A liberdade de imprensa e o direito à informação jornalística não mitigam o direito à imagem e à privacidade de crianças e adolescentes envolvidos em atos infracionais, posto que, além da imposição da pena de multa e da apreensão da publicação, previstas como penalidade no dispositivo em comento, é possível ação cautelar própria visando impedir a divulgação da imagem da criança ou adolescente, bem como de sua identificação, além de ser cabível indenização por danos morais como medida de auto-regulamentação, os programas deveriam ser organizados na forma do art. 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que houvesse o respeito às normas de proteção da infância e juventude.

Conforme Emílio García Mendez<sup>33</sup>, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a exibição de fotografia do autor de ato infracional ou de qualquer ilustração (desenho, pinturas) que lhe diga respeito, desde que possa levar a identificá-lo. “Infelizmente, este preceito sempre foi desobedecido e todos os dias se vê estampada em jornais a

---

<sup>32</sup> Idem, P. 253.

<sup>33</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. Estatuto da criança e do adolescente anotado: comentários jurídicos e sociais. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 72.

fotografia do autor do ato infracional, apenas com uma tarja sobre os olhos”<sup>34</sup>.

A referida autora questiona “se por um lado, os direitos-meios perdem sentido com a violação dos direitos-fins (vida sem dignidade é subvida), por outro lado, a liberdade e o respeito não são fins em si mesmos, pois sua referência é a dignidade”<sup>35</sup>. Portanto, a criança e o adolescente devem gozar de liberdade e ser respeitados porque encarnam o valor supremo da dignidade.

## **5. RESPONSABILIDADE JURÍDICA DA MÍDIA**

Converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima vai de encontro a todo o ordenamento jurídico, visto que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Dessa forma, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público, que acarretem injustificados danos à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

---

<sup>34</sup> Idem, p. 72.

<sup>35</sup> Idem, p. 72.

Assim, os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, conforme Alexandre de Moraes “decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga”<sup>36</sup>.

Vale ressaltar que é necessário medidas que inibam aqueles que praticam os danos sem nenhum temor, já que na maior parte dos casos, o lucro sobrepõe o valor da indenização condenatória, não existindo assim nada, além da ética, que os impeçam de praticar o ato lesivo.

Conforme David Cury Jr.<sup>37</sup> Em situação de conflito entre os referidos direitos tratados no presente artigo, deverá haver a prevalência do princípio do melhor interesse do menor, o bem-estar e o desenvolvimento futuro da criança, nunca o singelo resultado econômico da exploração da sua imagem, uma vez que “em regra, a satisfação financeira costuma ser fugaz, ao passo que os prejuízos para o menor,

---

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 234.

<sup>37</sup> CURY JR., David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. 2006. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2015

com a divulgação do seu retrato pela mídia, podem se transformar em algo que jamais será esquecido por ele”.

A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade – vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los. A liberdade de imprensa não pode desconsiderar o direito à dignidade e ao respeito conferido ao menor de idade.

O art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a proteção ao direito à identificação pessoal, proibindo “divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome... relativo a criança ou adolescente a que se atribua o ato infracional”. Portanto, para ser publicada a fotografia de uma criança ou adolescente, requerer-se a autorização de seu representante legal.

Conforme Garrido & Marçura<sup>38</sup> a exibição de programa com apresentação de menores praticando atos infracionais, sem qualquer dissimulação, não admite justificativa porque o art. 247 do ECA é impositivo na proibição, sujeitando-se a emissora de televisão às sanções cominadas, tais como a suspensão da programação, ainda que

---

<sup>38</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. Estatuto da criança e do adolescente anotado. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p.211

por tempo mínimo, embora se apresente como sanção razoável, perde seu objeto se decorrido mais de um ano da exibição e nem mesmo se sabe se o programa continua sendo levado ao ar e na mesma emissora.

Segundo Emilio García Mendez <sup>39</sup>, quando o legislador, no intuito em análise, utiliza a expressão “preservação da imagem”, estaria se referindo a limitar o uso da imagem do menor nas eventualidades de necessidades de justiça ou de polícia, através da imprensa escrita, falada ou televisada, afastando-se quanto a ele a prevalência de exigências impostas em caráter geral.

O ordenamento jurídico pátrio - preservador da dignidade da pessoa humana - e a legislação infanto-juvenil, na qual aflora o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, veda práticas que os estigmatize, a exemplo da aqui combatida.

Desse modo, relevante consignar que, conquanto o artigo 220, *caput*, da Constituição da República estabeleça que "a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta

---

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio García. Estatuto da criança e do adolescente anotado. Estatuto da criança e do adolescente anotado: comentários jurídicos e sociais. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 75.

Constituição", poder-se-ia pensar, num primeiro momento, que os meios de comunicação, no seu conceito mais amplo, estariam autorizados a divulgar nome, ato, documento ou fotografia de criança ou adolescente acusado da prática de ato infracional, sem se sujeitarem às sanções correspondentes. Segundo José Luiz Mônaco Silva<sup>40</sup>:

É preciso ter presente que a imprensa, não obstante o seu papel de verdadeiro ombudsman, não tem liberdade ilimitada, antes deverá curvar-se ao primado das leis constitucionais e infraconstitucionais. Não poderá, por essa razão, veicular tudo aquilo que entenda oportuno ou conveniente, sob pena de sacrificar outros direitos constitucionais.

A imagem da criança e do adolescente não pode ser utilizada sem autorização. Portanto, deve-se, segundo Emílio García Mendez <sup>41</sup>, coibir as “exposições abusivas ou publicações, mesmo se não se ofende o decoro ou a reputação”.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Luiz Mônaco da, *in* "Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários", editora Revista dos Tribunais, 1994, página 415 (comentário ao artigo 247).

<sup>41</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. Estatuto da criança e do adolescente anotado. Estatuto da criança e do adolescente anotado: comentários jurídicos e sociais. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 77.

Para David Cury Jr.<sup>42</sup>, o simples uso não consentido da imagem alheia já é suficiente para caracterizar o ato ilícito, não sendo exigível, portanto, a ocorrência conjunta de dano à honra.

Em recentes julgados, o E. Superior Tribunal de Justiça<sup>43</sup> concedeu a proteção integral às crianças e aos adolescentes frente a matérias veiculadas pela imprensa, ratificando a responsabilidade civil por danos morais quando há a extrapolação dos limites da informação, evidenciando a intenção de injuriar, difamar e caluniar terceiro. Aduzindo

---

<sup>42</sup> CURY JR., David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. 2006. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf>>.

Acesso em: 12 de novembro de 2015

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1390560/SP. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Boas. Publicado no DJ de 14-10-2013. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360501&num\\_registro=201202394085&data=20141031&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360501&num_registro=201202394085&data=20141031&formato=PDF). Acessado em 11 de julho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.235.926/SP. Relator: ARAÚJO, Raul. Publicado no DJ de 21-11-2013. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42969321&num\\_registro=201401317564&data=20141218&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42969321&num_registro=201401317564&data=20141218&tipo=0). Acessado em 11 de julho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1295652/PR. Relator: FERREIRA, Antônio Carlos. Publicado no DJ de 31-03-2015. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44924117&num\\_registro=201102852974&data=20150331&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44924117&num_registro=201102852974&data=20150331&tipo=0). Acessado em 11 de julho de 2015.

ainda que a ofensa ao direito à imagem “materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido”<sup>44</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a colisão entre esses direitos (liberdade de imprensa versus direito à imagem) tem pendido muito mais para a manutenção da liberdade de imprensa que para a proteção da imagem humana, havendo várias ações civis coletivas em curso no Juizado Cível da Infância e Juventude da Capital Baiana. Diversos episódios podem ser relatados em que a imprensa, na busca por audiência, utilizando-se de sua superioridade econômica frente os cidadãos vulneráveis. Devendo haver efetividade do ECA, com o escopo de prevenção às crianças e adolescentes.

Todas as emissoras são responsáveis pelas imagens que veiculam, e ao exibirem a imagem, deturpando os fatos, atingem diretamente a honra da adolescente de forma

---

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1354696/PR. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJ 31-10-2014. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M ON&sequencial=29167544&num\\_registro=201300965397&data=20130607 &tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M ON&sequencial=29167544&num_registro=201300965397&data=20130607 &tipo=0). Acessado em 11 de julho de 2015.

degradante, sem qualquer apuração prévia sobre a situação fática ou de um possível envolvimento. Levando consequências irreparáveis a adolescentes, com utilização de uma narrativa sensacionalista, faltando com limites éticos, morais e legais.

Há que se ter o mínimo dever de cuidado em não divulgar imagens que possam ir contra direitos fundamentais, sem qualquer prévia autorização judicial, mediante expedição de alvará, e sequer a utilização de meios como o mosaico, efeito que distorce a imagem, para tentar garantir a preservação da dignidade e da honra das crianças e adolescentes.

Assim, se um determinado ente jornalístico veicula imagem adulterada de uma pessoa, transmitindo fato que não seja verídico, não há que se falar em liberdade de informação: a notícia, muito ao contrário, desinforma. A ponderação, nessa hipótese, nem chega a se iniciar, já que um dos interesses conflitantes sequer estão presentes.

Não se pode e nem se deve veicular tudo aquilo que se entenda como conveniente, sem respeitar princípios e valores constitucionais, invadindo a esfera da privacidade, imagem, honra e dignidade, principalmente quando se tratam de crianças e adolescentes.

Devendo, as crianças e os adolescentes, serem visto como pessoas, sujeitos de direitos, carecedoras de tratamento digno e resguardo à sua incolumidade física, psíquica e intelectual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Ruy. **A Imprensa e o Dever da Verdade**. 3ª Edição. Editora da Universidade de São Paulo. 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.235.926/SP**. Relator: ARAÚJO, Raul. Publicado no DJ de 21-11-2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42969321&num\\_registro=201401317564&data=20141218&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42969321&num_registro=201401317564&data=20141218&tipo=0)>. Acessado em 11 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1354696/PR**. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJ 31-10-2014. Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=29167544&num\\_registro=201300965397&data=20130607&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=29167544&num_registro=201300965397&data=20130607&tipo=0)>. Acessado em 11 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1390560/SP**. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Boas. Publicado no DJ de 14-10-2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360501&num\\_registro=201202394085&data=20141031&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1360501&num_registro=201202394085&data=20141031&formato=PDF)>. Acessado em 11 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1295652/PR**. Relator: FERREIRA, Antônio Carlos. Publicado no DJ de 31-03-2015. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44924117&num\\_registro=201102852974&data=20150331&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44924117&num_registro=201102852974&data=20150331&tipo=0)>. Acessado em 11 de julho de 2015.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**: comentários jurídicos e sociais. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CURY JR., David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. Editora Juspovium. Salvador, Ba. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. vol. I. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo. Editora Atlas. 2001.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1999.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre Direitos da Personalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **Los Límites de La Libertad de Expresión**. 1ª Ed, Distrito Federal, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANCHES, Rosato Lépure Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Comentado Artigo por Artigo. 4 ed., 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da Criança e do Adolescente** - Comentários, editora Revista dos Tribunais, 1994.



---

## CAPÍTULO X

### A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO GARANTIA DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: O ACESSO À JUSTIÇA E A CONSAGRAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Hebert França de Santana<sup>1</sup>  
Ênyo Ribeiro Novais Santos<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O constitucionalismo social como ferramenta para a transformação social; 3. Defensoria pública e a ordem constitucional brasileira; 4. Acesso ao judiciário: direitos de todos e dever do estado 5 As defensorias públicas na consagração dos direitos e garantias fundamentais 6. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Pretende-se esboçar com esse estudo uma análise acerca da Defensoria Pública como importante conquista oriunda do constitucionalismo social. Buscamos ainda, no presente trabalho, esclarecer que acessar o Judiciário tem sido cada vez mais oneroso, sendo, nesse sentido, a defensoria pública importante vetor para se alcançar a concretização de direitos daqueles que não dispõem de recursos suficientes para arcar com as custas de um processo. Percebe-se a necessidade de fortalecimento da defensoria pública enquanto função essencial da justiça a fim de que se possa concretizar, de fato, o mínimo existencial jurídico-social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo Social; Defensoria Pública; Acesso à Justiça; Direitos Fundamentais.

---

<sup>1</sup> Graduando do curso de direito da Universidade Federal da Bahia

<sup>2</sup> Graduando do curso de direito da Universidade Federal da Bahia

**ABSTRACT:** It is intended to outline to this study an analysis of the Public Defender as an important achievement coming from the social constitutionalism. It seeks yet, in this study, to clarify that access the judiciary has been increasingly costly, and in that sense, the Public Defender is an important vector to achieve the realization of rights of those who do not have sufficient resources to bear the expense of a process. Thus, we see the need to strengthen the Public Defender as an essential function of justice, for that it can to realize, in fact, the legal and social existential minimum.

**KEYWORDS:** Constitutionalism Social; Public Defense; Access to Justice; Fundamental Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos essenciais aos indivíduos foram, por muito tempo, negligenciados por parte do Estado. Mesmo depois da implantação do regime liberal de governo, condições materiais mínimas foram suprimidas para parcela considerável da sociedade, de tal modo que não se poderia conceber o princípio da dignidade da pessoa humana como efetivo no plano da realidade social.

O advento do constitucionalismo social rompeu com o Estado Liberal de Direito e inaugurou uma nova ordem, baseada no Estado de bem estar social e na justiça social. Faz-se necessário destacar que o modelo social de Estado ainda continuará dependente do legislativo tendo em vista que a incorporação de novos direitos nas constituições, os chamados

direitos sociais, estão umbilicalmente ligados à atividade legislativa.

Os direitos sociais, nesse sentido, precisam ser encarados como importante garantia da vida com dignidade. É inquestionável que ainda se vive em um sistema regido pelo lucro e acumulação do capital, típico do modelo capitalista que nem sempre impacta de forma positiva nas relações sociais. Acessar o Judiciário para resolução de controvérsia tem se tornado um grave problema para aqueles que não dispõem de recursos financeiros suficientes.

A Defensoria Pública figura, nessa perspectiva, como inquestionável garantia constitucional no acesso ao Poder Judiciário a fim de tutelar direitos, salvaguardando-os de ameaça de terceiros e do próprio Estado. No plano da realidade brasileira, vivemos sobre um sistema econômico tipicamente individualista e excludente em todas as esferas sociais. Diante de tal realidade, destaca-se o Constituinte Federal de 1988 ao prever essa função essencial da justiça. A Defensoria Pública é, assim, para muitos, a pedra angular na consagração de direitos e garantias fundamentais, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL COMO FERRAMENTA PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

O constitucionalismo social é fruto de um longo processo histórico e define-se, essencialmente, pela não neutralidade estatal. O desenvolvimento histórico que desemboca no constitucionalismo referido, envolve rupturas com o Estado liberal de direito, baseado no liberalismo social, político e econômico, sendo o lucro e a acumulação de capitais seus elementos fundamentais. Assim, preceitua SILVA (1998, p. 119):

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social.

Nesse sentido, os efeitos nocivos do capitalismo se manifestaram na ordem política, social e econômica de forma abrupta. Com as insurreições populares, que eclodiram em decorrência das desigualdades experimentadas, as constituições do século XX começaram a assegurar direitos à educação, saúde, transporte, moradia, classificados como direitos de segunda dimensão. Tais direitos são caracterizados pela busca de igualdade material, ou seja, o Estado passa a ter uma postura mais intervencionista a fim de prover direitos fundamentais da pessoa humana. SILVA NETO (2006, p. 40-41) expõe:

As premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não justificaram no plano da vida em sociedade, tanto que a consagração da isonomia de compostura formal, aliado ao absentéismo que cingiu a frente do Estado, trouxe como consequência, irremediável, a eclosão de inúmeros movimentos sociais, destacando-se as

Revoluções Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno denominado de constitucionalismo social, com a nota peculiar da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual.

Diante da percepção de que um sistema livre da intervenção do Estado era incapaz de assegurar direitos mínimos à promoção da justiça social, as normas fundamentais emolduraram direitos basilares à efetivação de uma ordem social justa. Cumpre destacar, que a positivação de direitos sociais, direitos públicos dirigidos contra o Estado, nas constituições, passa a evidenciar a preocupação estatal com o bem-estar social—*Welfare State*.

Tal tendência, entretanto, somente veio a se solidificar de uma maneira profunda e arraigada após os acontecimentos históricos da primeira guerra mundial, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, e, finalmente, com a crise capitalista advinda da quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, quando se tornou impossível, ideológica e materialmente, continuar a executar um ideário puramente capitalista-liberal nas regras constitucionais clássicas até então estabelecidas. O Estado passa a intervir nas relações sociais e econômicas,[...].

Esta ampliação das atividades estatais, nos campos do serviço público, do poder de polícia e da intervenção no campo econômico, deram espaço ao fenômeno do WelfareState, o Estado de Bem-Estar Social, que não se eximia de atuar diretamente no frontispício do mercado, para domá-lo e mesmo salvá-lo. (PEIXOTO, 2011, p.7)

A promoção da Justiça na esfera social não foi automaticamente adquirida como a edição de normas constitucionais que assegurassem direitos de segunda dimensão. Assim sendo, a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar, de 1919, mesmo constituindo-se em marcos do constitucionalismo social, revelaram que o Estado ainda não era capaz de resolver, em sua plenitude, os problemas sociais, tendo em vista os resultados produzidos por governos autoritários e antidemocráticos, como os Nazistas, Salazaristas e Fascistas. Esses governos não adotaram medidas concretas capazes de efetivar as previsões constitucionais, o que inviabilizou a promoção de garantias sociais.

É necessário frisar, portanto, que o constitucionalismo social, cujas bases remontam à solidariedade, igualdade material, promoção de direitos fundamentais e normas que vincularam objetivos para a sociedade e o Estado, ganhou fóruns de evidência com a chamada segunda fase do constitucionalismo social, que emerge com um novo

paradigma, a saber: o Estado Democrático de Direito. Essa fase caracteriza-se, sobretudo, por três fatores que irão desenvolver-se ao longo do século XX, são eles: O reconhecimento da força normativa da constituição; substantivação e materialização de conteúdos morais que se expressam através de direitos sociais, tendo como base princípios constitucionais e a consolidação e expansão do controle de constitucionalidade. Destaca-se, nessa perspectiva, a afirmação de BRANCO (2014, p. 53):

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso

sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes.

Tais características refletem profundas transformações na orbita do direito e, por consequência, na esfera social, de tal sorte que emerge o Neoconstitucionalismo. Passa-se, dessa forma, a experimentar a supremacia material e axiológica da constituição, e o Estado que era tão somente social e legislativo de direito, torna-se, pós-segunda guerra, um Estado Democrático de Direito, que, indubitavelmente, funda-se em princípios norteadores como a dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo, identifica-se por um conjunto de diversas transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, a exemplo da formação do Estado constitucional de direito, cujo marco histórico deveu-se as décadas finais do século XX; a influência do pós-positivismo, caracterizado pela centralidade dos direitos humanos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. Nesse percurso, destaca-se ainda um leque de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova ordem constitucional. Tal conjunto de fenômenos resultou um

processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2006).

Faz-se necessário observar que a Constituição brasileira de 1934 pode ser considerada um marco no âmbito do direito constitucional social brasileiro, já que consagra direitos sociais. Os textos constitucionais seguintes não destoam dessa política, como se observa a partir da análise da Constituição Federal de 1988 que fincou suas bases no primado do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, para a plena efetivação das garantias sociais se faz mister que haja uma atuação concorrente (constante) dos agentes estatais, nas suas múltiplas esferas. Cabe, portanto, tanto ao legislador ordinário como a administração pública e o judiciário adotar medidas capazes de promover a consolidação do Constitucionalismo social no plano fático.

### **3. DEFENSORIA PÚBLICA E A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

É inquestionável que vivemos em um cenário totalmente indesejável, no que se refere ao aspecto econômico e social, na qual se convive com a mais desastrosa desigualdade de riqueza, prestígio e poder. No âmbito jurídico, a exclusão decorrente de fatores econômicos também é muito

presente. Acessar o Judiciário tem sido cada vez mais oneroso, pois, um indivíduo, seja na condição de réu ou autor, necessita dos serviços essenciais do advogado que, segundo a Constituição Federal, no art. 133, é indispensável à administração da justiça. Verifica-se, entretanto, que nem sempre toda a população possui subsídio suficiente para arcar com os honorários cobrados e as custas do processo. Por essas, e muitas outras situações, as questões sociais implicam uma maior atuação do Estado para promover a tão esperada justiça social. As defensorias públicas são analisadas através desse prisma, enquanto grande avanço institucional e Social do Estado, na afirmação dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, o assistencialismo social ganhou contornos normativos na constituição Federal de 1988. Foram garantidos, expressamente, direitos à alimentação, à moradia, ao trabalho, à saúde, entre outros.

Destarte, percebe-se que o Estado Brasileiro, através da constituição vigente, é, também, comprometido com a justiça social que se faz evidente, na vigente Carta Magna, do artigo Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I—construir uma sociedade livre, justa e solidária”; Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,

conforme os ditames da justiça social (...)" ; Art. 193. "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais". Percebe-se claramente que o dever de propor a justiça social deve ser perseguido com afínco (BRASIL, 1988).

Entende-se, nesse sentido, que a Defensoria Pública, no âmbito do judiciário, é uma importante ferramenta jurídica para concretizar os princípios da orientação judicial, promoção de direitos humanos (base do princípio da dignidade da pessoa humana e pilar essencial do Estado Democrático de Direito – Art 1º, III, CF) e, sobretudo, defesa judicial e extrajudicial, que são corolários ao cumprimento do Princípio da justiça social Jurídica, afinal, tanto as Defensórias Públicas em si, quanto os defensores públicos que nela atuam devem minimizar os efeitos nocivos do desequilíbrio social, promovendo uma maior liberdade, dignidade e oportunidade, considerados direitos fundamentais da pessoa humana. Pontua CUNHA JÚNIOR (2012, p.1195):

(...) é por meio das Defensorias Públicas que o Estado cumpre o seu dever constitucional de garantir o acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos financeiros para fazer frente as despesas com advogado e custas do processo. Nesse contexto, as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais

instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, consecutivamente, de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, vez por que atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao Poder Judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais.

Observa-se que as defensorias estão reguladas, na Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV, do título IV, cujo título é funções essenciais da justiça. As defensorias figuram entre essas funções essenciais justamente por tutelar jurisdicionalmente os indivíduos hipossuficientes. Assim, consagra a Constituição Federal, no Art. 134, que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” Este inciso pontifica que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Percebe-se que as Defensorias Públicas viabilizam, em favor das pessoas carentes, a atuação do que convém chamar jurisdição, para tutelar seus direitos, que é também uma fonte de onde emana a justiça social. As Defensorias Públicas atuam desde a propositura da ação até a concretização desta. Ressalta-se que o acesso à justiça configura uma garantia fundamental, exposta no artigo 5º,

XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Faz necessário destacar ainda que no artigo 134, § 2º, “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal”. Configura preceitos muito importantes o elucidado por esses parágrafos do artigo 134. Pode-se afirmar que as Defensorias Públicas do Estado, União e Distrito Federal possuem plena independência para autogestão, não estando vinculada a quaisquer decisões de outros órgãos, mas, tão somente, às leis e à Constituição. Os seus membros passam a possuir independência de atuação, afinal, são assegurados a eles independência funcional. Além do fato de que as Defensorias Públicas são legitimadas a elaborar seus orçamentos dentro, é claro, dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias, cuja finalidade precípua, sem dúvida, é a independência frente a outros poderes constituídos e poder dispor sobre despesas com pessoal, funcionamento e estrutura. Tudo isso visa, indubitavelmente, a afirmação da cidadania.

É imperioso destacar que a Lei 11.448/2007 inclui como legítima as Defensorias Públicas para proporem a ação civil pública. Ademais, a lei 11.449/2007 traz uma nova reformulação ao artigo 306 do Código de Processo Penal, passando a ser da seguinte forma:

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”(BRASIL, 2007)

Dessa forma, se conclui que, sem dúvida, a Constituição Federal estabelece os contornos da arquitetura social. Foi inaugurado um novo horizonte de perspectivas quanto às questões sociais. O aprimoramento, nessa perspectiva, das Defensorias Públicas, é fundamental para que o acesso efetivo aos direitos fundamentais seja concretizado, estando alinhado a uma ordem objetiva de valores (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), já que é sempre fundamental a proteção judicial de toda e qualquer pessoa, pois, a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é inerente a todo indivíduo. Cabe,

portanto, tanto ao legislador ordinário como a administração pública adotar medidas capazes de promover a consolidação da justiça social.

Mesmo com os grandes avanços realizados pela Emenda Constitucional 45/2004 muito ainda deve ser proposto, a fim de que tanto as garantias de seus membros quanto questões estruturais possam ser revistas e melhoradas. Ao se afirmar que as Defensorias Públicas precisam ser modernizadas, acolhedoras e atuantes significa afirmar, conseqüentemente, que a justiça social, a afirmação da cidadania e os direitos humanos estariam sendo concretizados. As Defensorias figuram como veículo social propiciador de conhecimento de direitos para possíveis reivindicações e promoção da inclusão social. Por fim, JUNKES (2004, p. 543) ressalta que:

(...) a Defensoria Pública é uma instituição que contribui para a integração e inclusão social do grupo de necessitados. Contribui para a inclusão social porque faz com que os necessitados deixem de ficar à margem dos benefícios do sistema político-econômico. Contribui para a integração social, porque, conforme Carvalho, coordena os necessitados como grupo, a fim de que, a partir da mesma convivência e dos mesmos anseios, encontre caminhos para a superação dos seus percalços. Esse vínculo grupal é captado do próprio artigo 134, da Constituição, que emprega o termo plural, ‘necessitados’, e não no singular, para se referir às pessoas que prescindam da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. Em razão disso é que, segundo Carvalho, a

Defensoria Pública contribui para a restauração da uma verdadeira brecha entre Estado e Sociedade.

#### **4. ACESSO À JUSTIÇA: DIREITOS DE TODOS E DEVER DO ESTADO**

Com a consagração do Estado Social no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos ganharam concretude e o Estado passou a intervir na ordem social, buscando, numa perspectiva assistencialista, promover a efetivação desses direitos. Destarte, fugindo de uma visão individualista pregado pelo Estado Liberal, os direitos sociais, considerados pelo Direito Constitucional como os de segunda dimensão, representaram um novo olhar sobre a coletividade e os problemas que afetam a organização social e a promoção da dignidade humana. Assim, diz CUNHA JÚNIOR (2012, p.759):

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam ao indivíduo a exigir do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitiram o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitaram realizar a *igualização de situações desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Convém ressaltar que o princípio da dignidade humana é a base desses direitos e tem como fundamento a justiça social, necessária na construção de uma sociedade

igualitária. No entanto, somente com o advento no Neoconstitucionalismo e o reconhecimento material e axiológico das constituições que a atuação de órgãos de direção política passou a representar um dever e uma diretriz de fomento às transformações sociais.

A Constituição Brasileira, de origem democrática e fruto dessa nova ordem constitucional, preleciona, em seu artigo 6º, uma série de direitos fundamentais, entre eles os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência aos desamparados, etc. No entanto, questiona-se, diante da realidade socioeconômica, educacional e cultural do país, a efetividade e a aplicabilidade desses direitos. Para tanto, o acesso à justiça, considerado, também, um direito social fundamental, dá ao cidadão o respaldo para exigir a prestação jurisdicional quando, injustamente, o Estado atua de forma omissa e, portanto, inconstitucional. Para CAPPELLETTI e GARTH (1988, p.12) “O acesso à justiça pode, portanto, ser um requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – e um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

As instituições jurídicas ganham sentido na medida em que os seus principais titulares possam exigir a postura

proativa e positiva do Estado. Para BARCELLOS (2008, p. 287-288), o direito de acesso à justiça compreende, juntamente com o direito à saúde básica, à educação fundamental e à assistência aos desamparados, um elemento essencial à garantia do mínimo existencial, um direito instrumental e de amparo à dignidade humana. Essa noção de mínimo existencial reconhece as limitações das prestações materiais do Estado e, por isso, elege, por uma escolha normativa fundamentada, o núcleo mínimo de amparo à dignidade humana. O acesso à justiça representa um elemento indispensável à eficácia positiva das normas constitucionais e uma validação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição de 1988.

O acesso à justiça, para que ele seja eficaz, se dá por uma tomada de ações que perpassam a prestação jurídica de um advogado ou defensor. Garantir esse acesso perpassa a mera ida ao judiciário, uma vez que fatores culturais, educacionais, políticos e econômicos são determinantes para a emancipação do indivíduo enquanto cidadão consciente dos seus direitos. Além disso, o acesso à justiça não deve ser percebido sobre um enfoque meramente literal. Deve-se garantir o devido processo legal, que leve à equidade processual e a uma decisão eficaz (SOUZA, 2009).

Comumente os conceitos de assistência judiciária, assistência jurídica e justiça gratuita são tidos como sinônimos. No entanto, essas expressões têm significados próprios. Para MARCACINI (1996, p.31):

Por **justiça gratuita**, deve ser entendida a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O beneficiário de justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais. [...] A **assistência judiciária** é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público. (grifo nosso)

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, traz a expressão assistência jurídica, que não pode ser confundida com justiça gratuita e assistência judiciária. Nas lições de MARCACINI (1996, p.33):

Por sua vez, a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais com orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um

programa de informação a toda a comunidade.

De acordo com o referido dispositivo “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”. São, por meio da Defensoria Pública e pelos Juizados especiais, instituições de existência legitimadas, respectivamente, pelos arts. 134 e 98 da Constituição Federal, que os necessitados encontram proteção e garantia de acesso ao Poder Judiciário. Junto a isso, no cenário atual emerge a chamada Justiça Itinerante, disponibilizada por meio de unidades móveis que leva a atividade jurisdicional do Estado para lugares longínquos e necessitados.

Em suma, promover a democracia é permitir que qualquer cidadão tenha acesso ao mínimo de recursos materiais para sua sobrevivência. Assim, é dever do estado viabilizar, indistintamente, o acesso à justiça a todos, para que as formas de injustiça sejam combatidas, e para que os direitos sociais tornem-se, quando respeitados, uma marca concreta do estado democrático de Direito.

## 5. AS DEFENSORIAS PÚBLICAS NA CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Faz necessário, antes de tudo, diferenciar direitos das garantias fundamentais, mesmo que, por vezes, suas fronteiras não sejam límpidas. De acordo MENDES (2014, p. 169)

[...] Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objetivo imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantias, às chamadas garantias fundamentais.

Apesar da reflexão doutrinária, a ordem constitucional brasileira não distingue direitos de garantias fundamentais, por não cingirem alterações práticas, prevendo, para ambos, inclusive, a aplicabilidade imediata de suas normas. Questiona-se, no entanto, a plenitude dessa aplicabilidade, pois a sociedade capitalista e suas relações de forças impedem que parcela da população tome para si a luta pela efetivação de seus direitos. Consciente disso, a assistência jurídica aos hipossuficientes, enquanto ferramenta de contenção da desigualdade e promoção da justiça social, representa não menos que a promoção de direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de MARINONI e MITIDIERO (2013, p. 760-761).

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é multifatorial. Entre outras funções, assume a de promover a igualdade, como o que se liga imediatamente ao

intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, III, *in fine*, da CF). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação.

As Defensorias Públicas, dentro de suas competências, cumpre um relevante papel social, pois é tarefa desta instituição promover o protagonismo social ao colocar os cidadãos como potenciais reivindicadores de seus direitos e conscientes da sua condição de atores políticos. Para tanto, é consagrada, por deliberação constitucional, a autonomia funcional-administrativo-financeira, para que outras formas de poder não prejudiquem o efetivo cumprimento de duas atribuições e empecilho à sua liberdade institucional.

Apesar da proposta axiológica da Emenda constitucional 45 de 2004, a eficácia jurídica dos direitos e garantias fundamentais reclama o fortalecimento da Defensoria Pública. Para alcançar máxima efetividade, esse órgão governamental necessita de melhor estrutura, maiores garantias institucionais para promoção da cidadania, valorização dos defensores e construção de novas Defensorias. Não se pode falar respeito aos direitos e garantias

fundamentais aos hipossuficientes se a Defensoria, contraditoriamente, torna-se uma barreira de acesso à justiça.

## 5. CONCLUSÃO

Entende-se que as desigualdades sociais contrariam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Por isso, faz-se necessária uma postura positiva de amparo aos socialmente marginalizados por parte do Estado brasileiro, em respeito aos direitos fundamentais consagrados pelo Constitucionalismo Social, fenômeno histórico que influenciou, sobremaneira, o caráter democrático da Constituição Federal de 1988. É preciso o desenvolvimento de uma política assistencialista e compensatória que garanta o mínimo de dignidade ao ser humano, e para isso, o acesso à justiça, considerado um direito social, deve ser respeitado e promovido pelos órgãos públicos.

Os direitos e garantias fundamentais, atualmente, por força da aplicabilidade imediata – que exclui seu caráter meramente programático, vinculam as entidades públicas e os atores privados a atuarem em prol da sua máxima efetividade e eficácia. A Defensoria Pública, nesse cenário, funciona como uma ferramenta de promoção da justiça social, por garantir consequentemente, a defesa, de modo integral e gratuito, e a concretização dos demais direitos e garantias fundamentais.

Apesar das limitações institucionais enfrentadas, a Defensoria Pública, enquanto função essencial à justiça e instituição de autonomia funcional e administrativa, é de extrema importância para a materialização desses direitos e apresenta uma função potencial de luta pela igualdade, ao passo que permite aos hipossuficientes o acesso à justiça. A desigualdade, assim, não pode provocar o conformismo do Estado e da sociedade. Em vez disso, deve ser mais uma motivação para promover, em respeito à supremacia das normas constitucionais, a consagração dos objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v.02, nº 01, p 1-48, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09/06/2016.

BRASIL, Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de

1941 – Código de Processo Penal. Diário oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111449.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111449.htm). Acesso em: 10 de junho 2016

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013.

JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social como fundamento da Defensoria Pública**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 9, nº3, p. 527-545, set./dez. 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes. **Do Constitucionalismo Social ao Desconstitucionalismo Neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo**. *AmicusCuriae*, v. 8, v.8, 2011.

SARLET, I. W. ; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. . **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português**. Tese. Coimbra, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça: conceitos, problemas e a busca de sua superação**. REVISTA EVOCATI, nº 42, jun. 2009. Disponível em: [http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=332&tmp\\_secao=15&tmp\\_topico=direitoproccivil](http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=332&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil). Acesso em: 09/07/2016.

## CAPÍTULO XI

### TORTURA: PERMANÊNCIA E DESAFIO

**Amanda Barreto Meirelles do Nascimento\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Conceito e breve histórico 3. A tortura na ditadura militar no Brasil- casos exemplares 4. A resposta Institucional normativa 5. O desafio da permanência 6. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho contém uma visão do fenômeno da tortura apresentando conceito e breve história, casos exemplares da tortura na Ditadura Militar brasileira, a resposta institucional normativa e sua insuficiência diante da dimensão da prática da tortura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tortura; Direitos Humanos; Permanência; Desafio.

**ABSTRACT:** This work contains a vision of the torture phenomenon presenting concept and brief history, exemplary cases of torture in Brazilian Military Dictatorship, institutional normative response and its failure on the practice of torture dimension.

**KEYWORDS:** Torture; Human Rights; Stay; Challenge.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL/BA); Pós-Graduada em Direito e Magistratura (EMAB/UFBA); Pós- Graduando em Prevenção da Violência, Promoção da Segurança e Cidadania (UFBA); Advogada.

## **1. INTRODUÇÃO**

Este artigo visa apresentar uma visão da tortura fenômeno cuja percepção cresceu, inclusive diante do nazismo e da Ditadura Militar no Brasil, mas que permanece como desafio. O uso da tortura “justificada” pela necessidade de elucidação de atividades criminosas como método de “investigação”, punição e intimidação, inobstante a expressa retaliação na maioria dos ordenamentos jurídicos jungidos aos direitos humanos, continua sendo amplamente praticada na sociedade.

O sentimento de reação contra a permanência na sociedade atual dos métodos de torturas, que motivaram o lema “Para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça”, referente à ditadura militar e a identificação de instrumentos normativos que permitiram atuação eficaz no enfrentamento da tortura formam as razões do presente trabalho.

Nele, dentro dos limites estabelecidos, apresentamos o conceito, breve histórico, tortura na Ditadura Militar, a resposta institucional e legal à tortura e a sua permanência.

## **2. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO**

Para Glauco Mattoso (1984, p.12), a tortura pode ser definida como todo sofrimento a que uma pessoa é submetida

por outra, desde que de propósito da segunda e contra a vontade da primeira. Ilustra esse autor:

A tortura é antes de tudo um choque, uma surpresa. Por mais que você pense estar preparado para uma situação dessas, vai estranhar logo de cara o ambiente. Para que o ambiente seja estranho ao máximo, é preciso que não saiba exatamente onde está. Daí o primeiro fator comum à maioria dos depoimentos: o olho vendado. (MATTOSO, 1984, p.12).

A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1984 e incorporada à legislação nacional, apresenta a seguinte definição de tortura:

Artigo 1º: [...] qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1985, e também incorporada à legislação nacional, dispõe que:

Artigo 2º: [...] todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa apenas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo corporal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Em relação à tortura praticada contra mulheres, pertinente avaliação trazida por Tatiana Merlino:

Tortura é crime contra a humanidade, pois visa ao aviltamento da dignidade intrínseca da pessoa humana. A tortura de mulheres revela ainda o pior sadismo sexual na dominação e degradação da condição feminina, como uma vingança perversa contra as que ousaram “sair do seu lugar”. (MERLINO, 2010, p.1)

Nessa esteira, afirma Glauco Mattoso (1984) que a concepção negativa atribuída à tortura faz com que ela além de ser negada, seja encoberta por eufemismo. Assim, o preso para o torturador não é “torturado”, mas “trabalhado” para dar informações necessárias à elucidação de crimes ou até mesmo

o reconhecimento de “erros” que cometeu. Este “trabalho”, iniciava-se na ditadura com ameaças e agressões verbais ou físicas na chegada; em seguida, eram retiradas as vestes, porque, com a nudez, a pessoa ficasse indefesa, acanhada, sentisse medo e vergonha. Assim as pessoas ficavam em confusão mental, ficava às vezes com medo de sentir a dor, antes mesmo de senti-la.

Os torturadores começavam pela tortura psicológica para desnortear a pessoa e depois começavam com a tortura física, que eles afirmavam que não era tortura, mas trabalhado no preso. Segundo Glauco Mattoso afirma:

Hoje em dia, a técnica mais utilizada, depois do simples espancamento, é sem dúvida a eletricidade. Se o espancamento deixa marcas, as sequelas do choque são mais deléveis, mas menos de leve. É por isso que os dois melhores métodos torcionários da atualidade são o afogamento e o arrepio (como é chamada a descarga elétrica), geralmente combinada e revezadas, já que a água corrente ajuda a corrente “alternada”, e vice-versa. A propósito, é também com correntes que você pode ser amarrado ao pau-de arara, o que concorre para a eficácia da eletricidade. Com tanta corrente, não admira que esta sessão seja apelidada de espírita. (MATTOSO, 1984, p.24).

Eurípedes Clementino Ribeiro Júnior relata que a tortura era utilizada na antiguidade por alguns povos como um instrumento probatório para obter confissão da pessoa

considerada criminoso, a tortura era aplicada ao corpo, com o objetivo de alcançar a verdade. (RIBEIRO JÚNIOR, 2013).

O iluminismo, sob o primado da razão, a capacidade de pelo pleno esclarecimento todos os homens alcançarem a verdade, forneceu a base para a perspectiva utilitarista a partir da qual Cesare Beccaria, no livro “Dos delitos e das Penas”, lançou as bases do direito penal moderno. Parte da crítica à barbárie dos velhos métodos do velho regime. Pertinente o destaque de trecho dessa obra basilar:

A tortura é, frequentemente, um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte. É esse, comumente, o resultado terrível dessa barbárie que se considera capaz de produzir a verdade, desse costume próprio dos canibais, e que os romanos, apesar da dureza de seus costumes, reservavam somente aos escravos, vítimas desgraçadas de um povo cuja feroz virtude tem obtido tantos elogios. (BECCARIA, 2003, p. 44-46).

Tais reflexões foram lastreadas em inúmeros exemplos de inocentes que se declaram culpados devidos às torturas.

Nos dias atuais, quando a prática abjeta é negada e escondida, a apresentação de alguns casos é importante para a reflexão.

Michel Foucault abre o seu livro *Vigiar e Punir* descrevendo detalhadamente os suplícios de um condenado, de modo a caracterizar a tortura legal no ancião regime:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. (FOUCALT, 2013, p. 9- 11)

O final da história do suplício de Damiens ocorre quando o carrasco esquarteja seu corpo, com ele vivo e, em seguida, mesmo diante de movimentos e articulação do maxilar para a fala, foi jogado na fogueira.

Mesmo uma pessoa sendo condenada, nenhum ser humano merece passar pelo suplício, sofrimento da tortura que Damiens passou, a pena não teve caráter educativo,

sancionador, mas caráter de produzir sofrimento ao apenado, de causar várias penas em uma só pena.

Com a queda do “ancien regime” e a concepção do Direito Penal Moderno, a tortura passou a ser banida dos códigos legais, vista como violações aos direitos humanos. Conforme cita Edward Peters:

Contudo, um século depois da Grande ordonnance criminelle, a tortura foi atacada em todos os lugares, e no final do século XVIII esse ataque foi bem-sucedido em quase todos os lugares. De revisão em revisão a partir de 1750, as cláusulas concernentes à tortura nos códigos penais da Europa forma sendo reduzidas, até que, por volta de 1800, eram praticamente inexistentes. Em conjunto com a revisão legislativa, surgiu uma ampla literatura condenando a tortura tanto por motivos legais quanto morais, e tal literatura teve vasta circulação. O melhor exemplo disso foi o tratado bastante influente de Cesare Beccaria denominado Sobre crimes e punições, de 1724, o mesmo trabalho que ultrajou Muryart de Vouglans. A tortura veio para suportar o ímpeto, e em muitos casos tornou-se o ponto focal de grande parte da crítica iluminista do Ancien Régime e da selvageria e do arcaísmo legal e moral do antigo mundo europeu.

Embora essas mudanças não tenham ocorrido da noite para o dia, a natureza delas era bastante clara para perturbar a paz de muitas pessoas no final do século XVIII e ganhar a aprovação de muitas outras-e destas, certamente nem todas eram revolucionárias. A rapidez dessas mudanças tanto de formas de pensar quanto de instituições deixou os contemporâneos

perplexos, assim como deixou perplexos os historiadores que a elas se dedicaram. A linha de interpretação mais aceita e influente originase da ligação do ultraje moral com as reformas judiciais. Após o final do século XVIII a tortura passou a ter um sentido universalmente pejorativo e acabou sendo considerada. (PETERS, 1989, p.182)

No mundo moderno os regimes autoritários, principalmente no nazismo ela ressurgiu como instrumento de Estado, vale a pena recordar um pouco o clima e o espírito do nazismo.

Com relação a sua posição aos direitos humanos, numa diretiva de 17 de fevereiro de 1933 Hitler afirma:

Policiais que dispararam seus revólveres na execução de seu dever serão protegidos por mim, independentemente das consequências do uso de suas armas”. Ele então resumiu sua postura em relação aos direitos humanos em um discurso em Dortmund, alguns dias depois: “Uma bala disparada de uma pistola da polícia é minha bala. Se vocês disserem que isso é assassinato, então sou um assassino... eu conheço dois tipos de lei, porque conheço dois tipos de homens: os que estão conosco e os que estão contra nós. (RESS, 2013.p.104).

Entretanto, os soldados viram, na ascensão de Hitler à chancelaria, uma oportunidade de praticarem vinganças sem limites contra seus inimigos conforme cita Laurence Rees:

O pai de Rudi Bamber, por exemplo, foi uma das vítimas do início do regime nazista. Soldados nazistas o levaram, junto com um grupo de outros judeus, para um estádio

esportivo em Nuremberg e os fizeram aparar a grama com os dentes. “É muito traumático”, conta Rubi Bamber, “sentir que qualquer coisa que você tenha feito não tenha consequências, e você é apenas um judeu e pronto”. (RESS, 2013.p.104)

Em 28 de fevereiro de 1933, o Estado nazista impôs a adoção de uma das medidas legislativas mais restritivas, o decreto do presidente do Reich, pela proteção do povo e do Estado que afirmava no artigo 1º do decreto suspendia os direitos humanos básicos, embora no artigo 2º permitisse ao governo assumir os poderes de polícia dos estados individuais alemães, de modo a “restaurar a segurança”.

Ao enfatizar a figura de Hitler não pretendemos concentrar a explicação do nazismo ele catalizará fenômenos presentes historicamente na Alemanha: o antissemitismo, as teorias da superioridade da raça branca, especialmente da raça ariana, a necessidade de enfrentar outras potências europeias, amarga frustração da derrota na 1ª Guerra Mundial; o ressentimento pelas condições e termos impostos pela rendição; o sofrimento da desordem econômica levando a superinflação. Todos esses fatos estimularam no povo a busca de culpados e de um homem forte para por ordem na casa e esmagar os inimigos.

Após a queda do nazismo muitas pessoas acreditaram que o uso da tortura seria uma característica dele (às vezes também do comunismo soviético) e que o seu uso estaria soterrado pelos escombros de Berlim ou isolado atrás da “cortina de ferro”. Essa ilusão foi desfeita quando se revelou os métodos desenvolvidos pelos franceses para enfrentar os guerrilheiros que lutavam para libertar, como terminaram libertando a Argélia da França.

Segundo Edward Peters afirma sobre a Argélia:

Apesar das revoluções das Nações Unidas de 1975 e de 1966/76 a última inclusão de políticas específicas sobre direitos humanos na administração de vários governos, especialmente no dos Estados Unidos entre 1976 e 1980, a fonte mais eficaz de informações sobre o uso da tortura após os acontecimentos na Argélia tem sido as organizações particulares; inicialmente a Cruz Vermelha Internacional, seguida após 1961 pela Anistia Internacional. (PETERS, 1989, p. 182).

A tecnologia desenvolvida pelos franceses será exportada inclusive para o Brasil. A ela se somaram técnicas, e equipamentos, desenvolvidos pelos ingleses e norte-americanos que, junto com técnicas existentes e desenvolvidas no Brasil, comporão o quadro de torturas praticadas no regime militar.

### 3. A TORTURA NA DITADURA MILITAR NO BRASIL – CASOS EXEMPLARES

Para ilustrar os casos de tortura na ditadura militar – aliás objeto de ampla bibliografia – selecionamos exemplos dos que atingiram crianças, adolescentes e mulheres, os seres que no imaginário social são vistos como mais frágeis.

Crianças e adolescentes na ditadura militar foram tratadas como miniterroristas. Neste sentido afirma Zuleide, no livro *Infância Roubada*:

Eu sou a Zuleide, uma das miniterroristas, que é a maneira como fomos taxados [pela ditadura]. Nascemos em Osasco, somos filhos de Sebastião Rivom do Nascimento, que é filho da tia Tercina e irmão do Manuel Dias do Nascimento. Minha mãe chamava Maria do Perpétuo Socorro do Nascimento, mas nós fomos criados pela vó, Tercina Dias de Oliveira, chamada de Tia, desde que éramos pequenos. Quando fomos sequestrados, fomos levados para uma casa que eu não lembro onde era. Lá, ficamos por cinco dias. Meu irmão Luis Carlos conta que era uma casa grande e bem mobiliada. Ficamos trancados num quarto de onde não podíamos sair. Depois, nos levaram para o Juizado de Menores. E o Samuel, que era nosso irmão de criação, foi levado para um local onde ficavam meninos infratores. Ele apanhou muito, foi torturado.

O Samuel ficou careca porque teve o cabelo raspado, foi tratado como menor infrator, apanhou. E além de ter sofrido a agressão psicológica que todos nós sofremos, ele ainda sofreu agressão física.

Do período que ficamos no Juizado, o que me lembro é que fizeram uma trança no meu cabelo. Eu tinha um cabelo de comprimento abaixo da cintura e ele foi cortado. Tinha uma pessoa cortando e outra do lado falando: “Me dá essa trança que eu quero fazer uma peruca”. Eu não lembro de muita coisa porque era pequena, mas desse fato eu lembro. Para mim, foi realmente uma grande violência. Eu era uma criança de 4 anos de idade. O que uma menina gosta? De ter cabelo comprido. Para mim, isso foi uma tortura. E foi também uma tortura terem me separado da minha avó, que era a única mãe que eu conhecia. (VERDADE, 2015)

As técnicas empregadas pelos torturadores no Brasil foram aprendidas em uma academia militar denominada School of Americas que combatia a insurgência. Sendo que seu manual era chamado Técnicas de Interrogatório e Guerra Revolucionária de Ideologia Comunista, essa era a “bíblia” dos torturadores.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República afirma nesse sentido:

A regra básica desse catálogo de atrocidades era “obter informações

involuntárias de indivíduos suspeitos de atividades comunistas”. Entre outros recursos, o exercício norte-americano recomendava várias “motivações” para coletar informações pretendidas. Intimidação, promessa e recompensas pela delação, detenção sem acusação formal e ameaça de eliminação dos aliados faziam parte das preliminares. Caso este método de coerção não funcionasse, a School of Americas considerava a possibilidade de prisão dos pais, de familiares, de amigos ou de colegas de interrogatório. (BRASIL, 2009, p.27).

Muitas crianças e adolescentes não sabiam nem mesmo o nome verdadeiro dos seus pais, porque eles não tinham profissão, amigos, pois estes tinham que viver na clandestinidade e não podiam contar a seus próprios filhos.

As crianças não tinham uma vida como a dos colegas que podiam ir para festas infantis, ao parque, ficavam encarceradas numa prisão sem grades quando seus pais viviam mudando-se de casas para fugir da repressão e conseqüentemente das torturas que viriam a sofrer caso fossem presos.

No livro da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Priscila Arantes, que é filha de ex-presos e na época da ditadura era uma criança afirma:

Aquilo era muito misterioso. Nas pessoas normais, a mãe é médica, o pai engenheiro, o

pai é advogado. Têm uma profissão, uma coisa estabelecida. Os meus pais não tinham isso. A atividade profissional deles era muito complicada. Não existia uma atividade profissional e sim uma atividade política.

Aquilo para mim era muito misterioso. Por isso, a lembrança que eu tenho é de mistério. A minha lembrança de infância é uma lembrança extremamente agradável. O que não era agradável, eu não lembro. (BRASIL, 2009, p. 35).

Os adolescentes por conta da grande repressão que estava ocorrendo com a ditadura militar realizavam passeatas, lutavam democraticamente contra o regime militar, por essa razão eram perseguidos como adultos, posteriormente eram presos e torturados. Como é o caso de Nilda Carvalho Cunha, que no livro *Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República* relata:

Nilda Carvalho Cunha morreu cega, asfixiada e delirante duas semanas depois de ser libertada. Tinha acabada de completar 17 anos quando caiu presa em Salvador, na madrugada de 19 para 20 de agosto de 1971. Nas mãos dos órgãos de repressão foi torturada a tal ponto que jamais se recuperou. Sua morte nunca foi esclarecida, pois, conforme a versão oficial, um incêndio destruiu o prontuário médico. Dos arquivos militares sumiram também o laudo cadavérico e os registros sobre o ocorrido.

No dia 14 de novembro ela morreu entre pesadelos e delírios.

Emiliano José e Oldack Miranda relatam no livro *Lamarca, o Capitão da Guerrilha*- levado

ao cinema por Sérgio Rezende- um fragmento do terror vivido por Nilda na prisão: “(...) *Você já ouviu falar de Fleury? Nilda empalideceu, perdia o controle diante daquele homem corpulento.- Olha, minha filha, você vai ficar calada(...). Mas eu não sei quem é o senhor...- Eu*

*matei Marighella. Ela entendeu e foi perdendo o controle. Ele completava:-*

*Vou acabar com essa sua beleza- e alisava o rosto dela. Ali estava começando o suplício de Nilda, (...) Ela ouvia gritos dos torturados, do próprio Jaileno, seu companheiro, e se aterrorizava com aquela ameaça de violência num lugar deserto. Naquele mesmo dia vendaram-lhe os olhos e ela se viu numa sala diferente, quando pode abri-los. Bem junto dela estava um cadáver de mulher: era Iara, com uma manchar roxa no peito, e a obrigaram a tocar naquele corpo frio (...).”*

Após ser liberada, Nilda foi ao quartel- general acompanhada da mãe, dona

Esmeraldina. Queria autorização para visitar Jaileno, mas não conseguiu. Na saída, quando descia as escadas, começou a gritar: “*Minha mãe, me segure que estou ficando cega*”. Logo queixou-se de falta de ar e começou a chorar. A partir daí entrou em depressão, foi perdendo o equilíbrio, passando por crises de cegueira, desmaios, ataques de choro ou riso sem motivo. Ficava horas com o olhar perdido e recusava-se a dormir porque temia morrer durante o sono- “*Eles me acabaram*”, costumava repetir. (BRASIL, 2009, p. 40).

O objetivo do torturador é alcançar a alma do torturado, retirar-lhe a sua dignidade, integridade e privacidade. Com as mulheres na ditadura militar no Brasil

não foi diferente, entretanto os torturadores além dos métodos gerais utilizavam métodos específicos.

As torturas sofridas pelas mulheres foram com o objetivo de destruir a sua feminilidade, os métodos que os torturadores utilizavam eram estupros, mutilamento, choques elétricos nas partes íntimas, algumas mulheres depois de serem libertadas da prisão não puderam realizar o sonho de ser mãe depois de tanta tortura sofrida. Nesse sentido afirma Tatiana Merlino:

A principal meta do torturador é despir o corpo e tentar alcançar a alma do torturado, estabelecer uma cunha entre o corpo e a mente com o propósito de desconstruir a inteireza, a integridade e a privacidade do seu alvo. O corpo da mulher, sempre objeto de curiosidade, tornou-se presa do desejo maligno do torturador e ficou à deriva em suas mãos. Autorizado por seus superiores e mandantes a torturar, o servidor torturador incorporou ingredientes próprios e piores ao ato que, por delegação, lhe foi solicitado e previamente permitido. Cumpria ordens. A tentativa de destruir a mulher de seu lugar feminino, de mulher, de mãe, não encontrou nos porões da ditadura qualquer trégua. O lugar de cuidadora e de mãe foi vulnerado com a ameaça permanente aos filhos também presos ou sob o risco de serem encontrados onde estivessem escondidos. O aviltamento da mulher que acalentava sonhos futuros de maternidade foi usado pelos torturadores com implacável vingança, questionando-lhe a fertilidade após sevícias e estupros. (MERLINO, 2010, p.30).

Um exemplo de mulher na ditadura que sofreu tortura e humilhações foi Loreta Valadares, que relata em seu livro *Estilhaços em tempos de luta contra a ditadura*, todo o seu sofrimento quando foi presa e torturada em junho de 1969:

Gomes Carneiro, enfurecido diz: “Não vai falar, não é? Você acha que eu queria estar aqui, perdendo o meu tempo, com uma mulher feiosa e magricela como você? Vamos ver se você aguenta isso”. E passa a aplicar-lhe “golpes de telefone”, como era conhecida a tortura em que são aplicadas duas bofetadas simultâneas nos ouvidos. A sensação é terrível, parece que o mundo sai fora de lugar, a dor é violenta. Extenuada, ela fica tonta e começa a vomitar. Levam-na para um quarto, onde ela passa a noite, vomitando toda hora, o estômago doendo muito, o rosto inchado, fortes dores nos ouvidos e quase sem escutar. Na manhã seguinte, levam-na para o quartel do Exército, o 12 RI, ela, mal se aguentando, é obrigada a ficar em pé, no pátio, durante parte do dia. O coronel vem tripudiar, “gostou do que aconteceu? Vai ser assim agora”. (VALADARES, 2005 p.95).

Os efeitos da tortura no psicológico de uma pessoa que foi tortura, não se apaga com o tempo, mesmo que a pessoa não relate o que sofreu, a tortura sofrida continua no seu psicológico causando-lhe dor, angústia, sofrimento. A autora Maria Auxiliadora de Almeida Cunha Arantes afirma nesse sentido:

As consequências do excesso e da crueldade produzidas pela tortura não se extinguem e nada do que uma vez se formou pode perecer. As marcas deixadas pela tortura são ao mesmo

tempo físicas e psíquicas, cara e coroa da mesma moeda. Não há tortura física que não tenha cunhado no momento da tortura uma inscrição psíquica que não se desfaz.

Estas inscrições não têm um nexo causal como quer a ciência médica. Há marcas na pele e no corpo que deixam cicatrizes, são visíveis, podem ser registradas, estas, sim, podem ter nexos causais. Que instrumento mede a dor invisível, a dor psíquica decorrente do mesmo momento em que estas marcas no corpo foram impressas? Que instrumento pode registrar a lembrança do tempo vivido dentro da geladeira e das celas solitárias; a lembrança da sensação de insetos e de jacarés percorrendo corpos nus e do desamparo causado pela nudez e a violência do estupro? Qual a lembrança reativa das mulheres que presas com os filhos foram afetadas ao mesmo tempo pela dor dos maus-tratos e o desespero de saber que seus filhos também eram reféns dos algozes? Estas inscrições não são mensuráveis, não há recurso técnico para medir a dor do desamparo, a lembrança da humilhação, a destruição da própria imagem perpetrada a cada momento e a todo momento dentro das salas de tortura. Não se extinguem estas lembranças. Muitas vezes retornam, incidem sobre o corpo, materializam-se como adoecimento precoce e intermitente. Escorrem pelas lágrimas, em palavras liquefeitas. E pior, abraçam a morte como último refúgio do apagamento da dor. (ARANTES, 2013, p. 386-387).

#### 4. A RESPOSTA INSTITUCIONAL NORMATIVA

Do mesmo modo que a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU surgiu em resposta à barbárie nazista muitas das normas da Constituição Federal de 1988 são respostas às experiências traumáticas da Ditadura Militar. Cabe breve reconstituição.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 5º dispõe que nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a punição ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Já a Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, por exemplo, estabelece que os Estados devem tomar medidas para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes de tortura nos casos em que estes foram cometidos em seu território, quando a vítima ou o suposto criminoso forem seus nacionais, assim como quando o suposto criminoso se encontrar em qualquer território sob sua jurisdição, ainda que tenha cometido o crime em outro país. Cabe o destaque das seguintes proposições:

Artigo 2: 1. Cada Estado Parte adotará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza que sejam eficazes para prevenir atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. 2. Nenhuma circunstância excepcional - quer seja um estado de guerra ou uma ameaça de guerra, quer seja instabilidade política ou qualquer outra emergência pública -

poderá ser invocada como justificativa para a tortura. 3. Uma ordem de um superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura.

Artigo 10: Cada Estado Parte assegurará que a educação e a informação referentes à proibição contra a tortura sejam plenamente incluídas na capacitação de funcionários de execução da lei, civis ou militares, pessoal médico, servidores públicos e outras pessoas que possam estar envolvidas na custódia, no interrogatório ou no tratamento de qualquer pessoa sujeita a qualquer forma de prisão, detenção ou encarceramento.

A Constituição Federal Brasileira possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Dentre as proposições analíticas dos direitos e deveres individuais e coletivos do seu art. 5º da Carta Política, há duas referências expressas à tortura. No inciso III, dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Já no inciso XLIII, estabelece que “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Diante de uma análise sistemática, é possível, ainda, extrair da Carta Política nacional, como direito e garantia fundamental, a condenação da tortura, por explicitar o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX) e a inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Finalmente a Constituição Federal de 1988 prevê a submissão do Brasil nos tratados internacionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, no artigo 5º, §2º, 3º e 4º.

Apesar da clareza da posição da Constituição Federal de 1988, a lei contra a tortura nº 9.455, que só foi editada em 1997. Esta reproduz, com variações, a concepção difundida pela ONU.

A lei brasileira basicamente define a tortura em dois casos: constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico; mental ou submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

O artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP): Toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

No mesmo sentido dispõe o artigo 5º- 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) de 1969: Ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade tem direito a que se respeite a dignidade inerente à pessoa humana.

Entre as dificuldades de enquadramento tem a tortura versus os maus tratos, pois os maus tratos estão tipificados no artigo 136 do Código Penal que assim dispõe: Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

## **5. O DESAFIO DA PERMANÊNCIA**

Com o fim da Ditadura Militar alguns acreditam que o Brasil tenha vencido a tortura. Não foi o que aconteceu. Ela, que na Ditadura Militar alcançou os status médios e superiores da sociedade, continua sendo praticado contra os pobres, aos chamados: PPP – pretos, pobres, da periferia. Ao lado disso pode-se identificar uma banalização quanto à aceitação social

e a efetiva prática da nefasta conduta violadora dos direitos fundamentais. As circunstâncias peculiares do cometimento da tortura, locais de consumação e condições das vítimas outorgam verdadeiros escudos projetivos aos agressores.

Os dados a seguir, apresentam algo da situação atual da tortura no Brasil. Pesquisa realizada por Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT), Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e Pastoral Carcerária, que analisou a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Brasil no período de 2005 a 2010 conclui o seguinte:

As crianças representaram 20% das vítimas de tortura, 42% das 800 vítimas de 455 casos analisados no período são homens e crianças, correspondendo a dois terços do total.

Entre os homens, metade deles não era considerada suspeita de crime algum. Quanto às crianças, o estudo revela que, de maneira geral, os crimes ocorreram no ambiente doméstico.

As demais vítimas eram adolescentes (13%), homens presos (9%), mulheres (8%) e mulheres presas (1%). Em 7% dos casos, outros perfis foram caracterizados ou não foi possível identificá-los. Dos 455 casos levantados, a pesquisa mostrou que 24 torturados morreram. Desses, 14 eram suspeitos ou presos, nove eram crianças e uma mulher.

O documento, denominado “Julgando a Tortura”, também traça o perfil dos agressores. Os casos analisados mostram que, em 61%, os torturadores são agentes públicos, ou seja, policiais civis e militares, agentes penitenciários, carcereiros e monitores de unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei, entre outros.

Agentes privados reúnem 37% das agressões e em 2% dos casos não há informação sobre o perfil do agressor.

Outro dado relevante do estudo é que agentes públicos têm mais chance de absolvição em comparação aos privados. Em 19% dos registros, servidores do Estado condenados em primeira instância foram absolvidos na segunda. Entre agentes privados, o índice cai para 10%.

“Os dados mostram que a Justiça opera de maneira diferenciada em função do perfil do réu e da vítima. Muitas das absolvições, nos casos em que os agentes públicos são os acusados, são justificadas pela falta de provas”, explicou Vivian Calderoni, advogada do Programa de Justiça da Conectas, no site da ONG.

“Isso pode revelar preocupante falta de capacidade do sistema de Justiça em apurar tortura cometida por funcionários ou uma tendência a desqualificar o testemunho de vítimas que são suspeitas ou cumprem pena por outro crime”, completou.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tortura tem uma longa história, passou por diversas fases, no mundo desde a inquisição até o nazismo. No Brasil, da escravidão à ditadura militar.

Na ditadura militar, o Brasil foi “mergulhado nas trevas” da arbitrariedade, as pessoas apresentadas politicamente ao cárcere perderam sua dignidade. Instalou-se a ideia de que todos eram inimigos do Estado, até mesmo crianças inofensivas, por serem filhos dos chamados subversivos, eram considerados terroristas, sujeitas, então, à tortura e morte.

Quanto às mulheres, além de ser praticada a tortura no seu conteúdo ordinário, também foi possível identificar deplorável sadismo sexual nas práticas, o que espanca a costumeira justificativa de defesa do Estado contra os comunistas e subversivos.

A tortura recrudescer no Brasil na ditadura militar e mesmo após o seu término. Observa-se a nítida impressão que ela não passou, pois são comumente denunciadas os seus métodos nas delegacias de polícia e presídios, seja como instrumento único de investigação para reprimir condutas indesejadas.

A tortura continua e soa como grande desafio seu extermínio. O Programa Nacional de Direitos Humanos-

PNDH-3 que na sua diretriz 14, estabelece as diretrizes para o combate a tortura, nos traz uma linha de atuação válida para enfrentar a questão da tortura da sociedade, através do fortalecimento de políticas públicas fortes.

No terreno do avanço institucional, contamos hoje com o sistema nacional de prevenção e combate a tortura, aprovado no ano de 2013, que prevê um comitê nacional, já instalado, e uma seleção de técnicos para trabalhar permanentemente na fiscalização de todos os locais de privação de liberdade. Esse sistema prevê também a criação ou articulação de comitês e mecanismos estaduais. O fenômeno que bem retrata o quadro acima delineado foi à reação da população em relação ao filme “tropa de elite” (PADILHA, 2007). Quando um policial pergunta por um traficante e não vê resposta, coloca um saco plástico na cabeça do homem, asfixiando-o enquanto o interroga. Nosso “grande herói”.

Deste modo pode-se concluir que não é suficiente a elaboração de normas legais ou mesmo a definição formal de políticas públicas a nível federal. Para combater a tortura é necessário a mudança de cultura na sociedade, inclusive de agentes públicos e o empoderamento dos setores sociais vulneráveis. Este é o desafio que nos cabe enfrentar.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha. **Tortura**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.

AZEVEDO, Daniel Henrique Queiroz de. **O Ressurgir da Tortura na Atualidade e o Papel do Ministério Público**. Salvador: CONAMP, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Direito à Memória e à verdade: História de meninas e meninos marcados pela ditadura**. Brasília, 2009.

\_\_\_\_\_. **Monitoramento de locais de detenção: um guia prático**. Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: SEDH/PR, 2010.

\_\_\_\_\_. **Tortura**. Brasília: SEDH/PR, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 41 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

JESUS, Maria Gorete Marques de; Calderoni, Vivian. **Julgando a Tortura: Análise de Jurisprudência nos tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)**. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>. Acesso em 15 de nove. 2015

MATTOSO, Glauco. **O que é tortura**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

MERLINO, Tatiana. **Direito à memória e à verdade: Luta, substantivo feminino**. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

PADILHA, José; Prado, Marcos. **Tropa de Elite**. Produção de José Padilha e Marcos Prado, direção de José Padilha. Brasil, 2007, policial, drama, duração 118min.

PETERS, Edward. **Tortura**. São Paulo: Ática, 1989.

POLARI, Alex. **Os Primeiros Tempos da Tortura**. Disponível em: <<http://socialistamorena.cartacapital.com.br/a-tortura-na-poesia-de-alex-polariinventario-de-cicatrices/>> Acesso em: nov. 2014.

REES, Laurence. **O carisma de Adolf Hitler: O Homem que conduziu milhões ao abismo**. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

RIBEIRO, Eurípedes Clementino Júnior. **Direitos Humanos: A tortura em contraposição à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://seer.ucg.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/2763/1686>. Acesso em 29 de out. 2015.

ROSA, Susel da Oliveira. **Direitos Humanos Justiça, Verdade e Memória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VALADARES, Loreta. **Estilhaços em tempos de luta contra a ditadura**. Salvador: Secretaria da Cultura e Turismo, 2005.

VERDADE, Comissão Estadual do Estado de São Paulo. **Infância Roubada**. Disponível em: <http://cevsp.mezclador.com.br/livros/infancia-roubada/?p=225>. Acesso em 29 out. 2015.