

**Mala Direta  
Postal**

9912297003/2012-DR/MG  
PGJ

///CORREIOS///

**MPMG**  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais

# Revista Jurídica De Jure

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Adilson de Oliveira Nascimento  
Adriano Pereira Silva  
Antonio Baptista Gonçalves  
Bráulio Lisboa Lopes  
Bruno César Ribeiro de Paiva  
Carla Carvalho Costa e Silva  
Carolina Costa Val Rodrigues  
Cristina Campos de Faria  
Denise Nogueira Magri  
Fernanda Almeida Lopes  
Flávia Siqueira Costa Pereira  
Haroldo Azevedo Carvalho  
Jose Luis Monti  
Lucas Rogerio Sella Fatala  
Maércio Herculano Dias  
Wilson Medeiros Pereira

jul. | dez. 2014

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 13

23



# Revista Jurídica De Jure

[www.mp.mg.gov.br/dejure](http://www.mp.mg.gov.br/dejure)

Adilson de Oliveira Nascimento  
Adriano Pereira Silva  
Antonio Baptista Gonçalves  
Bráulio Lisboa Lopes  
Bruno César Ribeiro de Paiva  
Carla Carvalho Costa e Silva  
Carolina Costa Val Rodrigues  
Cristina Campos de Faria  
Denise Nogueira Magri  
Fernanda Almeida Lopes  
Flávia Siqueira Costa Pereira  
Haroldo Azevedo Carvalho  
Jose Luis Monti  
Lucas Rogerio Sella Fatała  
Maércio Herculano Dias  
Wilson Medeiros Pereira

jul | dez 2014 **23**  
ISSN n.º : 1809-8487  
vol. 13

jul | dez  
2014



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL  
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG

CEP: 30170-916

[www.mp.mg.gov.br/dejure](http://www.mp.mg.gov.br/dejure)

[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)

+55 (31)3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG

CEP: 30170-916, Brazil

[www.mp.mg.gov.br/dejure](http://www.mp.mg.gov.br/dejure)

[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)

(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)

+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

v. 13, n.23 (jul/dez 2014). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2014.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34

CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA  
WE ASK FOR EXCHANGE  
ON DEMANDE L'ÉCHANGE  
MANN BITTET UM AUSTAUSCH  
SI RIQUIERE LO SCAMBIO  
PIDEJE CANJE

Errata: Verifique na página 381 a numeração DOI referente aos textos publicados na revista De Jure n.22 v.13.

**Linha Teórica:**

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

**Theoretical Profile:**

The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinary and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

**FOCO**

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

**FOCUS**

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

**MISSÃO**

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

**MISSION**

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

**OBJETIVOS**

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
  - Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

**OBJECTIVES OF THE JOURNAL**

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
  - Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

## **PÚBLICO ALVO**

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

## **TARGET AUDIENCE**

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

## **COPYRIGHT**

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

## **COPYRIGHT**

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

## **INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO**

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

## **INDEXATION AND DISTRIBUTION**

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

## **DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

## **COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins

## **ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)**

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Alessandra de Souza Santos

## **EDITOR RESPONSÁVEL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins, Doutor

## **CONSELHO EDITORIAL**

- Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Procurador de Justiça Rodrigo Canção Anaya Rojas, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
- Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)  
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)  
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)  
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)  
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)  
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)  
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)  
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)  
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itáúna, Brasil)  
Prof. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Prof. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)  
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)  
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)  
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

#### **EDITORACÃO**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **REVISÃO**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (estágio supervisionado)  
Nayara Garófalo e Santos (estágio supervisionado)  
Vairson Cássio dos Santos (estágio supervisionado)

#### **CAPA / IMAGENS**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **DIAGRAMAÇÃO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **TRADUÇÃO**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Prof. Me. Bráulio Lisboa Lopes (Advocacia-Geral da União, Brasil)  
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Especialista (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil)  
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos, Brasil)  
Prof. Me. Matheus Adolfo Gomes Quirino (Instituto Federal Minas Gerais, Brasil)

# DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

## **ATTORNEY-GENERAL**

Carlos André Mariani Bittencourt - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

## **DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

## **PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins

## **SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)**

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION**

Alessandra de Souza Santos

## **CHIEF EDITOR**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins, PhD

## **EDITORIAL BOARD**

Adilson de Oliveira Nascimento, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rodrigo Greco, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tufti Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA  
(Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)  
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Desembargador João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)  
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Luciano Coelho de Ávila, BA  
(Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

#### **EDITING**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **PROOF READING**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (intern)  
Nayara Garófaló e Santos (intern)  
Vairson Cássio dos Santos (intern)

#### **COVER / IMAGES**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **LAYOUT**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Prof. Bráulio Lisboa Lopes, MA (Advocacia-Geral da União, Brazil)  
Santa Catarina State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil)  
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Luciano Santos Lopes, PhD (Faculdade de Direito Milton Campos, Brazil)  
Prof. Matheus Adolfo Gomes Quirino, MA (Instituto Federal Minas Gerais, Brazil)

**A** *Revista De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, chega à sua 23ª edição firme no seu objetivo de disseminar o conhecimento através da publicação de artigos doutrinários que abrangem diversas áreas do Direito. Esta publicação semestral traz à baila questões da atualidade, que são discutidas e analisadas sob um enfoque multidisciplinar. A *De Jure* publica também textos que trazem comentários à jurisprudência recente dos tribunais pátrios com a opinião fundamentada dos comentaristas.

Naseção “Doutrina Internacional”, publicamos estudo em espanhol do professor argentino José Luis Monti, acompanhado de sua versão em inglês. Neste trabalho, o autor discorre sobre a teoria crítica do Direito.

No espaço destinado à “Doutrina Nacional”, apresentamos o artigo intitulado “A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no Direito Penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin”, escrito pelo Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Adilson de Oliveira Nascimento, em

coautoria com a mestrand Flávia Siqueira Costa Pereira.

Ainda, a *Revista De Jure* apresenta outros artigos e comentários à jurisprudência que abordam assuntos atuais das diversas áreas do Direito: Penal, Civil, Coletivo, Constitucional e Administrativo.

Salientamos que o êxito da Revista há de ser creditado, seguramente, à inestimável colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dos demais Estados, de juristas, professores e estudantes que nos enviam seus artigos e comentários à jurisprudência.

Por fim, reafirmamos o convite aos autores interessados para que enviem à *De Jure* artigos doutrinários e comentários à jurisprudência. Esclarecemos que o cadastro e a submissão dos trabalhos à avaliação é realizado através do sítio da Revista, que pode ser acessado pelo endereço eletrônico [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure).

LUCIANO LUZ BADINI MARTINS

Promotor de Justiça  
Diretor do Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público de Minas Gerais

# APRESENTAÇÃO

---

Chegamos à edição n. 23 da *Revista De Jure!* Com muita alegria comunicamos aos leitores que esta publicação vem com duas novidades: a implantação do DOI (Digital Object Identifier) e do ISSN – Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) para o formato eletrônico.

O DOI (Digital Object Identifier) é um sistema de identificação numérico para livros, artigos eletrônicos e documentos em geral disponibilizados como conteúdo digital que atribui a estes documentos um número único e exclusivo. Este sistema permite a localização e acesso de materiais na *web*, especialmente, publicações em periódicos e obras protegidas por *copyright*, muitas das quais localizadas em bibliotecas virtuais. O DOI possibilita a identificação individualizada de artigos por meio de bases de dados e recuperação e transmissão de conteúdos. No Brasil, a plataforma lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por exemplo, utiliza o DOI como uma forma de certificação digital das produções bibliográficas registradas pelos pesquisadores em seus currículos.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number), que é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único. No Brasil, o Instituto Brasileiro de Informação em

Ciência e Tecnologia - IBICT atua como Centro Nacional dessa rede. O uso do ISSN possibilita rapidez, qualidade e precisão na identificação e controle de publicação seriada, facilitando os serviços de Depósito Legal, bases de dados e controle da produção editorial no Brasil e no exterior. A *De Jure*, que já possui o identificador ISSN para o formato impresso, passa agora a ter também o identificador para o formato eletrônico, uma vez que se atribui um registro ISSN para diferentes suportes físicos.

A constante busca pelo aperfeiçoamento da revista se justifica para que continue alcançando posição de destaque no cenário acadêmico jurídico e de outras áreas correlatas ao Direito. A *De Jure* se mantém sempre atenta para que traga à discussão e reflexão assuntos atuais e relevantes para a comunidade jurídica em geral.

Reforçamos o convite para que continuem contribuindo para a formação do conhecimento através do envio de artigos doutrinários e comentários à jurisprudência. Essa participação é a principal responsável pelo sucesso da revista, e reforça sua posição como espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão acadêmica.

Boa leitura!

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT  
Procurador-Geral de Justiça  
Ministério Público de Minas Gerais

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

## **ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO**

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Orientador.

## **ADRIANO PEREIRA SILVA**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FJ – Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós-graduado em Docência no Ensino Superior pelo ICPG – Instituto Catarinense de Pós-graduação.

## **ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES**

Advogado. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito – PUC/SP. Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses - Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Penal – Teoria dos delitos – Universidade de Salamanca. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## **BRÁULIO LISBOA LOPES**

Advogado da União. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Direito Empresarial. Professor de Direito Empresarial e Tributário. Ex-Coordenador Subseccional da ESA/MG - Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais. Ex-Supervisor e Membro do Conselho Editorial da Revista Esfera Jurídica. Professor de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

## **BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **CARLA CARVALHO COSTA E SILVA**

Advogada.

## **CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

## **CRISTINA CAMPOS DE FARIA**

Pós-graduada com especialidade em Gestão Ambiental. Servidora Pública do Estado de Minas Gerais.

## **DENISE NOGUEIRA MAGRI**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**FERNANDA ALMEIDA LOPES**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix em convênio com o Praetorium, e em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em convênio com o Praetorium.

**FLÁVIA SIQUEIRA COSTA PEREIRA**

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Aluna do programa de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Penais e de pós-graduação *strictu sensu* de Mestrado em Direito Público pela mesma instituição. Aluna especial do programa de pós-graduação *strictu sensu* em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

**HAROLDO AZEVEDO CARVALHO**

Sócio-Diretor na Syrax Consultoria em Saúde Suplementar.

**JOSE LUIS MONTI**

Profesor Adjunto Consulto na Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**LUCAS ROGERIO SELLA FATALA**

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista MBA em Gestão de Pessoas pela Fundação de Ensino Superior de Itabira/MG – FUNCESI. Professor da Faculdade de Ciências Humanas de Itabira/MG - FACHI/FUNCESI. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**MAÉRCIO HERCULANO DIAS**

Graduando em Direito na FEAD –Faculdade de Estudos Superiores de Minas Gerais.

**WILSON MEDEIROS PEREIRA**

Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

# SUMÁRIO

## 1 ASSUNTOS GERAIS

### **Doutrina Internacional • Ensaio**

23 | 33 **E**SCÉPTICISMO EPISTEMOLÓGICO Y NEUTRALIDAD  
EN LA CIENCIA DEL DERECHO: ALGUNAS CRÍTICAS  
A LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

*José Luis Monti*

### **Doutrina Internacional • Ensaio**

35 | 45 **E**PISTEMOLOGICAL SCEPTICISM AND NEUTRALITY  
IN THE SCIENCE OF LAW: SOME CRITIQUES OF  
THE CRITICAL THEORY OF LAW

*José Luis Monti*

### **Doutrina Nacional • Artigo**

47 | 100 **A**TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA  
CONFIANÇA NO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES  
À LUZ DO FUNCIONALISMO DE CLAUS ROXIN

THE OBJECTIVE IMPUTATION THEORY AND THE CONFIDENCE'S PRINCIPLE IN THE  
CRIMINAL LAW: CONSIDERATIONS REGARDING THE FUNCIONALISM OF CLAUS ROXIN

*Flávia Siqueira Costa Pereira*  
*Adilson de Oliveira Nascimento*

### **Diálogo Multidisciplinar • Artigo**

101 | 115 **A**LEGALIDADE DO SISTEMA DE COTAS  
NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

THE LEGALITY OF SHARE SYSTEM IN BRAZILIAN UNIVERSITIES

*Adriano Pereira Silva*

## 2 DIREITO PENAL

### Artigo

#### 119 | 152 **P**OR UMA IMPUTABILIDADE PENAL INDIVIDUALIZADA

INDIVIDUAL INVOLVEMENT IN CRIMINAL LIABILITY

*Cristina Campos de Faria*

### Comentário à Jurisprudência

#### 153 | 161 **D**A CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

*Maércio Herculano Dias*

# 3 DIREITO CIVIL

## Artigo

### 165 | 187 **C**OMPRAS COLETIVAS E AS LESIVIDADES NA RELAÇÃO DE CONSUMO

COLLECTIVE PURCHASING AND LESION IN CONSUMER RELATIONS

*Antonio Baptista Gonçalves*

## Comentário à Jurisprudência

### 189 | 202 **F**LEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

*Wilson Medeiros Pereira*

# 4 DIREITO COLETIVO

## Artigo

### 207 | 246 AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

POPULAR ACTION: AN INSTRUMENT TO CONTROL ADMINISTRATIVE NORMS

*Bruno César Ribeiro De Paiva*

## Comentário à Jurisprudência

### 247 | 264 A LEGALIDADE DOS REAJUSTES DAS MENSALIDADES DE PLANOS DE SAÚDE EM VIRTUDE DO ENVELHECIMENTO DOS BENEFICIÁRIOS NOS CHAMADOS “PLANOS ANTIGOS”

*Haroldo Azevedo Carvalho  
Denise Nogueira Magri*

## Artigo

### 269 | 296 A (IM) POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PERTINENTES AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

THE POSSIBILITY OR NOT OF JURISDICTION CONTROL ON THE PUBLICS  
POLICIES ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION

*Lucas Rogerio Sella Fatale*

## Comentário à Jurisprudência

### 297 | 324 J UDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

*Carla Carvalho Costa e Silva*

# 6

## DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

### Artigo

329

346 **A** ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN IMPLEMENTING  
PUBLIC POLICY: ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY

*Bráulio Lisboa Lopes*

### Comentário à Jurisprudência

347

361 **I**NGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Carolina Costa Val Rodrigues*  
*Fernanda Almeida Lopes*

# 7

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

365 **P**ORTUGUÊS

373 **E**NGLISH



# 1

## Assuntos Gerais

Doutrina Internacional  
Doutrina Nacional  
Diálogo Multidisciplinar



**ESCEPTICISMO EPISTEMOLÓGICO Y NEUTRALIDAD  
EN LA CIENCIA DEL DERECHO: ALGUNAS CRÍTICAS  
A LA *TEORÍA CRÍTICA* DEL DERECHO**

JOSÉ LUIS MONTI

Profesor Adjunto Consulto  
Universidad de Buenos Aires, Argentina  
josemonti@derecho.uba.ar

**1. Nota introductoria. Algo para recordar.**

Hace ya tiempo, Bertrand Russel y luego Karl Popper reflexionaban en torno de los problemas del conocimiento y, en particular, sobre las consecuencias prácticas que pueden derivarse de la adopción de determinados criterios epistemológicos, no sólo para la misma actividad científica, ciertamente, sino también para la ética y la política<sup>1</sup>. Popper explica cómo una teoría epistemológica equivocada puede producir esos efectos y refiere dos ejemplos: (i) lo que llama *optimismo* epistemológico, basado en la idea de que *la verdad es manifiesta*, una creencia que, pese a haber acompañado el nacimiento de la ciencia y la tecnología modernas y contribuir a la libertad de pensamiento<sup>2</sup>, prescinde del hecho que a menudo -dice- “es difícil llegar a la verdad, y una vez encontrada se la puede volver a

---

<sup>1</sup> Karl POPPER, *El desarrollo del conocimiento científico -conjeturas y refutaciones-*, Paidós, 1967, p. 11 y ss. Se reproduce allí una conferencia de Popper de enero de 1960, en la que expresa su coincidencia con Russel en este punto, recordando que este último había señalado, por ejemplo, que ‘el relativismo epistemológico, o sea la idea de no hay una verdad objetiva, y el pragmatismo epistemológico, o sea la idea de que verdad y utilidad son la misma cosa, se hallan ambos estrechamente vinculados con ideas autoritarias y totalitarias’ (la cita de Russel corresponde a *Let the people think*, 1941). Sobre la misma cuestión pueden verse, entre otros: B. RUSSEL, *Ensayos impopulares* (1950), Hermes, 2º ed. en español 1963 y K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945, 1966), Paidós, 1992.

<sup>2</sup> Esta idea subyace, según Popper, en las enseñanzas de Bacon y Descartes.

perder fácilmente”, por lo que atribuye a esta creencia haber provocado desilusiones que derivaron en actitudes escépticas<sup>3</sup> y originar también varias formas de fanatismo<sup>4</sup>; (ii) en el extremo opuesto, el *escepticismo* o *pesimismo* epistemológico nace de una idea contraria aunque no menos errada, una radical desconfianza en el poder de la razón humana para discernir la verdad, y esto mismo lo hace también proclive a propiciar una “autoridad fuerte” que la establezca y proclame. De un modo u otro, tales enfoques han inspirado concepciones autoritarias, a la vez que apartaron del norte que ha de seguir la investigación científica<sup>5</sup>.

En el contexto descrito y ya como nota introductoria a cuanto se dirá más adelante, estimo pertinente reproducir ciertas observaciones de Popper respecto del escepticismo epistemológico. Dice así: “las creencias en la posibilidad de un imperio de la ley, de una justicia equitativa, del establecimiento de derechos fundamentales y de una sociedad libre, pueden sobrevivir al reconocimiento de que los jueces no son omniscientes y pueden cometer errores acerca de los hechos, y de que, en la práctica, la justicia absoluta nunca se realiza en un juicio legal particular. Pero esta creencia en la posibilidad de un imperio de la ley, de la justicia y de la libertad, no puede sobrevivir a la aceptación de una epistemología para la cual no haya hechos objetivos, no solamente en un caso particular, sino en cualquier caso, y para la cual un juez no puede cometer un error fáctico porque en materia de hechos no puede estar acertado ni equivocado”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Acota Popper: “Así, muchos epistemólogos desengañados abandonarán su propio optimismo anterior y construirán una teoría autoritaria sobre la base de una epistemología pesimista. Creo que el más grande de los epistemólogos, Platón, ejemplifica esta trágica evolución” (op. Cit., p. 16).

<sup>4</sup> Porque si, sea por revelación divina o por simple lectura de la naturaleza, la verdad es manifiesta ¿cómo podría alguien negarse a reconocerla?: sólo obrando con maldad, o bien, siendo víctima de una *conspiración* para sumirlo en la ignorancia de esa verdad evidente. Señala Popper cómo las teorías conspirativas influyeron en las persecuciones religiosas, en la concepción marxista (cuando acusa a la ‘prensa capitalista que pervierte y suprime la verdad’), y en las restantes doctrinas autoritarias (op. Cit., p. 14 y 15).

<sup>5</sup> El eminente epistemólogo austríaco, desde su propia experiencia, observa que “en la búsqueda de la verdad, el mejor plan podría ser comenzar por la crítica de nuestras más creencias” (op. Cit., p. 13).

<sup>6</sup> Op. cit., cap. II, p. 11.

A la luz del recuerdo de esas reflexiones, propongo examinar algunas cuestiones que, de manera semejante, pueden plantearse en el ámbito de la teoría del derecho. A tal fin, tomaré como objeto de análisis ciertos postulados de la denominada '*teoría crítica del derecho*', a partir de la formulación de uno de sus más notables exponentes, Duncan Kennedy<sup>7</sup>. Ensayaré un examen crítico de esas propuestas y un breve esbozo de una perspectiva diferente. Comenzaré con un resumen de su tesis (2), para luego señalar los reparos encuentro en su formulación, desde el punto de vista de su coherencia lógica (3) y de sus consecuencias prácticas (4).

## **2. El intérprete frente al derecho según Duncan Kennedy. Nada es lo que parece.**

En apretada síntesis, según opinión del autor citado, los jueces – y los abogados-, en su rol de intérpretes del derecho, se hallan situados en un contexto donde predominan las *ideologías*, que inciden en sus juicios acerca de las soluciones que cabe extraer del orden jurídico para los casos individuales que tienen que resolver<sup>8</sup>. Observa que si bien ellos procuran mostrar la “necesidad jurídica de sus soluciones sin considerar la ideología”, en realidad no pueden deshacerse de un *comportamiento estratégico*, esto es, la elección de una de las posibles soluciones del problema jurídico, fundada en motivaciones *externas*, básicamente en la ideología a la que adhieren. Considera que esa circunstancia es *inerradicable* de la

<sup>7</sup> Bajo el título '*Izquierda y derecho*' se han publicado cuatro estudios de Duncan KENNEDY. Centraré mi atención en el primero, que trata '*el comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*', y en el segundo: '*una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen*'. Estos trabajos encolumnados en los *Critical Legal Studies (CLS)*, aparecen precedidos de una buena introducción del traductor, Guillermo MORO, de. Siglo XXI, 2013.

<sup>8</sup> Las reflexiones de Kennedy se hallan esencialmente referidas a los jueces norteamericanos. Así lo anuncia al comienzo (p. 27) y en otros pasajes de su libro (v. gr. p. 36, 95). En su exposición define *ideología* como “un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa ‘para’ un grupo cuyos intereses están en conflicto con los otros grupos” (*sic*, p. 28, ver también con cita de Mannheim, p. 95). Se trata de una acepción en apariencia amplia, aunque poco clara, y los únicos ejemplos que menciona son el *liberalismo* y el *conservadorismo*, en el sentido que atribuye a esas tendencias en la sociedad norteamericana, advirtiendo que, por encima de sus diferencias, ambas asumen una estructura general y elementos argumentativos similares, diferenciados sólo en su presentación.

interpretación<sup>9</sup>, un adjetivo que anticipa su visión del problema. “Siempre es *posible* para el juez -dice- adoptar una actitud estratégica hacia los materiales – se refiere a las normas -, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles”<sup>10</sup>. Por eso afirma que los jueces son “*actores ideológicos*”, incluso com prescindencia de su propia percepción, vale decir, lo sepan o no, lo quieran o no.

En otro pasaje parece atenuar el rigor discursivo y procura tomar distancia de una postura más radical en cuanto a la presencia de ideología en la decisión judicial. Expresa: “Desde mi punto de vista, la insistencia en que el derecho es siempre y en todo lugar ideológico, en que es ‘una construcción social de principio a fin’, etcétera, involucra tanta negación (de lo mecánico) como la posición opuesta”. Y añade que su teoría “es tan hostil a las críticas globales en el derecho, ya sea que estén hechas desde el viejo ángulo marxista o desde el posmoderno, como a la afirmación de que los jueces siempre pueden ser y de hecho usualmente son neutrales”<sup>11</sup>. Sin embargo, en el segundo estudio, al tratar los enfoques de Hart y Kelsen sobre la interpretación del derecho, vuelve a poner en el centro de la escena la actividad del intérprete (juez o jurista), quien no sólo “manipula” el material normativo para *construir* la solución de los casos de la *zona de penumbra* hartiana, o *dentro del marco* kelseniano, sino en la fase previa, para decidir si cabe situar el caso o no en dicha *zona*, o si hay o no un supuesto de conflicto, de laguna, etcétera.

Bajo la inspiración de una obra de Marx, insiste ahora en que el intérprete lleva a cabo un “*trabajo*” *jurídico* para transformar lo que sería la “aprehensión inicial” de la solución determinada por las normas, con el objeto de adecuarla a su preferencia ideológica.

---

<sup>9</sup> KENNEDY, p. 28.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 32. Los jueces se asemejan así a prestidigitadores que juegan con la imaginación del auditorio, como en el film de Louis Leterrier (*Nada es lo que parece*, 2013), creando meras apariencias argumentales para sus decisiones, que no tendrían, empero, conexión real con la base normativa a la cual se refieren.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 63.

Dice que lo *CLS* (*estudios críticos*) según él los entiende<sup>12</sup>, aceptan la “idea positivista de que el derecho es a veces determinado y a veces indeterminado”, pero afirman que ello no se debe a cualidades inherentes a la norma, sino que depende del trabajo del intérprete y de su *éxito estratégico*, dada la “*incognoscible* naturaleza ‘en sí’ o ‘esencial’ de la norma” (*sic*)<sup>13</sup>. Desarrollando esa óptica en contraste con la Hart y Kelsen, observa luego que “incluso cuando una interpretación está asentada, el trabajo puede desestabilizarla”, es decir, puede “*inclinarse o mover* los núcleos y marcos”, en una dinámica “*de abajo hacia arriba*”, a la inversa de la pensada por aquellos autores y por MacKormick.

Completando la idea agrega: “La ideología inclina el trabajo, que a su vez inclina núcleos y marcos, lo que a su vez, en la perspectiva de la coherencia, brinda medios para producir otras desestabilizaciones de otros núcleos y marcos”. Con esta perspectiva, el “cuerpo de derecho válido”, es presentado como “el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces” que llevan adelante “proyectos ideológicos contrapuestos”, y que se halla “impredeciblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica”<sup>14</sup>. Los materiales jurídicos sólo influyen en la determinación del resultado de los casos particulares “en combinación con una actividad que no es cognitiva sino consciente o inconscientemente estratégica”, pero intrínsecamente considerados, su “esencia” es “*incognoscible*”<sup>15</sup>.

Hay un momento en que la exposición de Kennedy pasa de un plano a otro, cuando el estudioso de la actividad judicial, preocupado en presentar un análisis ajustadamente descriptivo de esa actividad, deja paso al intelectual comprometido que expresa su propia ‘preferencia ideológica’, al exaltar la actuación del *juez activista*, que “persigue consiente o inconscientemente sus propios compromisos

<sup>12</sup> En otros párrafos dice adherir a lo que llama *tendencia fenomenológica de izquierda de los CLS* (pp. 94, 100).

<sup>13</sup> Op. cit., pp. 90 a 93; la misma idea se reitera luego en pp. 100 y 101.

<sup>14</sup> Op. cit., pp. 98, 99.

<sup>15</sup> Ídem, pp. 100, 101.

ideológicos”, frente a los que procuran su neutralidad “adoptando posturas impredecibles o centristas”<sup>16</sup>. Considera *legítima* la actitud del primero que, si no puede desestabilizar la regla mediante las técnicas convencionales, tiene que buscar el argumento para que la solución se corresponda con su concepción de justicia. Admite que su postura enfrenta aquí la dificultad de una “regresión infinita” para saber si la desestabilización se produjo – o no – con técnicas convencionales, pero aún así la prefiere a las otras alternativas.

### 3. Reparos desde la lógica

Tal vez el valor más destacable del estudio de Duncan Kennedy, del que se ha dado somera noticia, consiste en haber diseñado una *sociología jurídica*, y en particular *judicial*, indagando cómo se comportan los jueces en su misión de confeccionar soluciones para los casos que les toca decidir, para lo cual propone una tipología de ese comportamiento<sup>17</sup>, pero indica también cómo él cree que *deberían* actuar. Dejaré de lado aquí otros aspectos involucrados en este interesante aporte, para concentrarme en el planteo vinculado con la imposibilidad de una formulación objetiva acerca de las soluciones derivables de un orden jurídico, y su virtual neutralidad.

A través de un discurso que a veces se torna poco claro y aún oscilante, si bien Kennedy parece conceder algo al positivismo cuando alude a una relativa determinación del derecho, es sólo en apariencia. Como vimos, en definitiva insiste en el cuestionamiento ‘crítico’ y en el rol potencialmente *desestabilizador* que según él cabe al intérprete con su sentido primigenio, lo que hace que dicho material resulte intrínsecamente *incognoscible*.

Si se sigue esa línea argumental, se hace prácticamente imposible alcanzar un *conocimiento objetivo* del derecho, porque en la inter-

---

<sup>16</sup> Ídem, pp. 95, 96. Atribuye esas posturas a los jueces que establecen su neutralidad ideológica por sendas vías: alternado impredeciblemente entre opciones definidas por ideologías en conflicto, o ideando una solución que da algo a cada bando.

<sup>17</sup> Según la modalidad de su respuesta en función de la preferencia ideológica, menciona tres tipos de juez: activista (restringido), mediador y bipolar; pero destaca como un rasgo común la *negación* de la incidencia ideológica, sobre lo que indaga una explicación psicológica.

pretación habrá de prevalecer siempre la orientación ideológica del intérprete, por encima de las conclusiones que pudieran extraerse del material normativo. Las *proposiciones normativas* que intenten describir el contenido de las normas no podrían ser, en rigor, susceptibles de verdad o falsedad, pues no sería posible verificarlas en la medida que las condiciones del intérprete impiden emitir juicios *objetivos* al respecto. Y los que se presenten como tales serían, a lo sumo, una *máscara* para ocultar la ideología que está detrás. El argumento conduce, pues, a desechar *a priori* la posibilidad de adquirir un conocimiento objetivo respecto de *todos* los órdenes jurídicos imaginables, sea con fines meramente teóricos, sea como paso previo en su aplicación por los tribunales.

Encuentro en la base de esta tesis un giro paradójico. Para dar razones convincentes en su favor, quienes la apoyan tienen que partir necesariamente de lo que ellos mismos consideren una versión fidedigna del contenido del orden en cuestión, lo que equivale a decir un ‘conocimiento objetivo’ de él y una ‘interpretación neutral de sus normas’. Porque de otro modo no sería posible afirmar que ciertas interpretaciones o cualquier ‘trabajo’ que se intente, vendría a producir una suerte de *degradación ideológica* de ese orden.

*Sólo si se presupone* un sentido objetivo de las normas que integran dicho orden es posible hablar de una distorsión o una inteligencia inclinada por la *preferencia ideológica* del intérprete. Porque no se trataría, en la opinión *kennediana*, de obstáculos intrínsecos, o sea causados por problemas lógicos de incoherencia o incompletitud del orden jurídico, ni de dificultades semánticas en la comprensión de los textos. Las corrientes *realistas*, que han puesto acento en esas dificultades y en la *textura abierta* del lenguaje normativo, sugieren la posibilidad de atribuir diversos significados a ciertos textos, lo que conduciría a varias soluciones alternativas, fenómenos respecto de cuya intensidad las opiniones son también variables. Pero la teoría en examen, más allá de los problemas semánticos o lógicos, hace hincapié en la incidencia de la ideología, un factor extrínseco al contenido de las normas. Y lo hace de tal modo que lo erige en un factor decisivo e incontrolable.

Naturalmente, las creencias, las opiniones políticas, los puntos de vista sobre múltiples aspectos de la vida, las inclinaciones temperamentales y un enorme etcétera, son parte de la subjetividad de los jueces (y operadores de los sistemas jurídicos), que inciden en lo que ellos hacen, y parte de lo que hacen es resolver casos a partir de la aplicación de las normas del sistema. Pero esto no significa que no sea posible obtener un conocimiento objetivo de ellas y derivar soluciones normativas para los casos que prevén.

Más aún, si se parte de la hipótesis que un particular factor extrínseco, en el caso la ideología, prevalece decisivamente en la inteligencia de las normas, la única alternativa racional para sustentarla radica en *presuponer* un sentido objetivo de tales normas, que habrá de considerarse ‘verdadero’ o ‘fidedigno’, para poder contraponerlo con las otras interpretaciones que, según la crítica, se hallarían *teñidas de ideología*. Esa paradoja se insinúa en la argumentación de Kennedy cuando admite un *significado inicial* que se ofrece al intérprete en una primera aprehensión de las normas aplicables, que precede al trabajo *desestabilizador*. Y también cuando concluye atribuyendo a este último la *indeterminación* del material normativo.

La observación no es irrelevante, y pone en evidencia, asimismo, que en la tesis bajo análisis aparecen dos planos distintos: una que se presenta como descriptivo de la actividad interpretativa de las normas, con particular referencia a lo que hacen los jueces, y otro no tan ostensible que tiende a enfatizar lo que éstos *tienen que hacer*. De manera que la opción por un *pesimismo epistemológico* – respecto de la posibilidad de conocimiento objetivo y neutral de las normas -, pierde consistencia, porque aparece aquí indisolublemente ligada a una invitación a los jueces para que en la búsqueda de su ‘concepción de justicia’ se emancipen cuanto sea menester de las leyes. No dudo que esa idea esté precedida por *las mejores intenciones*<sup>18</sup>, pero necesariamente interfiere y desvía la investigación.

---

<sup>18</sup> Un legendario film de Ingmar Bergman (1992) llevaba ese título y mostraba con cuanta frecuencia el propio proceder hace que se frustren esas ‘buenas intenciones’ sin que uno se percate.

Por otra parte, más allá del contexto que rodea la tesis, la noción amplia que da el autor debiera comprender *todas* las ideologías, es decir, cualquiera a que un intérprete pueda adherir, sea *conservadora o revolucionaria, liberal o autoritaria*, etc.. Pero entonces ¿a cuál tendría que adherir el juez *activista* que propone como modelo? No parece que esté dispuesto a sugerir una adhesión a las que considera ‘predominantes’ (conservadorismo y liberalismo) y que *ab initio* descalifica. Para colmo, según la idea *kennediana*, tampoco es posible predecir el sentido de la incidencia ideológica en las soluciones que se elaboren a partir de las reglas del sistema<sup>19</sup>. Estas advertencias complican aún más el sostenimiento de la tesis en cuestión.

#### 4. Consecuencias problemáticas. Las mejores intenciones

Por último, algunas observaciones en orden a las consecuencias prácticas de la tesis que hemos considerado. El escepticismo descrito puede conducir a un resultado no menos perjudicial que aquel que en apariencia intentaría conjurar<sup>20</sup>. Si no es posible confiar en que las reglas de un sistema jurídico tendrán una incidencia concreta en la dinámica social y, sobre todo, que en su gran mayoría serán acatadas lealmente por los órganos encargados de aplicarlas y elaborar soluciones derivables del sistema para los para los casos a resolver, la conclusión no puede ser otra que dichos órganos, cuanto menos implícitamente, podrán en la realidad dejarlas de lado, apartarse de ellas y decidir sin apego alguno a su sentido objetivo, ya que éste sería al fin y al cabo *inballable*.

De prevalecer esta perspectiva epistemológica lo más probable es que haya *anomia* en el sistema, alentada por una concepción que reniega de las leyes en su aptitud para gobernar los comportamientos de las personas. El siguiente paso lógico será la búsqueda de una *autoridad* que, sin importar mucho las reglas que emita, gobierne

<sup>19</sup> Op. cit., pp. 47 y 102.

<sup>20</sup> Se trataría de cambiar los criterios interpretativos predominantes para instar la transformación interpretativa de ciertas normas – por ejemplo sobre propiedad y contratos en los países capitalistas – a las que se atribuye un “impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos” (p. 101).

*personalmente*, sea en nombre de Dios, del espíritu colectivo, del alma del pueblo, de las clases humildes, o de lo que fuere; el camino hacia ideas autoritarias o totalitarias.

La renuncia anticipada a la objetividad del conocimiento y la neutralidad en la teoría jurídica, equivale a propiciar que los órganos sujetos, no a las normas objetivamente consideradas – puesto que no sería factible hallar su sentido objetivo –, sino a alguna de esas *ideas-fuerza* que predominen en la cultura y en la sociedad. La historia relativamente reciente del siglo XX exhibe no pocos ejemplos de las consecuencias nefastas, para las sociedades y las personas, que pueden causar ese tipo de lo que los jueces hacen y, en especial, de lo que ‘tienen que hacer’.

La teoría del derecho ha debatido por décadas en torno de su posible *neutralidad* y el debate no se ha extinguido aún. A veces tan solo se lo posterga, se lo deja de lado, o se lo considera como una cuestión superada, una pieza para el museo de la epistemología. Y en ocasiones se considera que “la defensa de la neutralidad política en la labor del jusfilósofo (signo inequívoco de una ideología conservadora) tan sólo puede ampararse (...) en una actitud ignorante o elitista”<sup>21</sup>. Este juicio, cercano a la concepción de Kennedy, no es por cierto uniforme ni prevaleciente. Observa Bulygin que “incluso aunque el derecho contiene evaluaciones de tipo ético, esto no es una razón para negar que la teoría del derecho es – o más bien debería ser – descriptiva”<sup>22</sup>.

En suma, con distintos ropajes semánticos o conceptuales, y con diversas actitudes o creencias, el problema persiste hoy como cuando Hans Kelsen escribió el prólogo a la primera edición de su *Teoría Pura del Derecho* en 1934, revelando la búsqueda de una perspecti-

<sup>21</sup> Manuel ATIENZA, *La filosofía del derecho argentina actual*, Depalma, B. Aires, 1984, p. 232.

<sup>22</sup> Eugenio BULYGIN, en respuesta a J. RAZ en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, 2007, p. 109. En otro texto sobre la teoría pura reitera que “La ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y no en su valoración” pues ésta es “asunto de la política no de la ciencia” (*El problema de la validez en Kelsen*, varios estudios bajo el título *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, 2005, p. 102).

va alejada o equidistante de la influencia de los vendavales políticos de la época<sup>23</sup>. Lo que allí se planteaba podría decirse que era un problema *epistemológico*. Lo era sin duda, pero también era algo más, y Kelsen lo puso de relieve, no lo silenció. La cuestión epistemológica, como un tema que interesa a la teoría del derecho, permanece en las aulas y en los recintos académicos. Pero las consecuencias prácticas del problema trascienden esos ámbitos y se proyectan en la actividad de los protagonistas, de los operadores del derecho, gente *de carne y hueso* como diría Genaro Carrió, y también afectan directamente la vida de las personas en general. De ahí el interés práctico de estas cuestiones.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140017

---

<sup>23</sup> Tras relatar los ataques que su *teoría* había recibido de sectores tan opuestos (v. gr. fascismo y comunismo), dice que “[s]i con todo” se atrevía “en semejante tiempo” a exponer su trabajo era “ con el deseo de que una generación más joven no permanezca, en la salvaje batahola de nuestros días, sin fe en una ciencia jurídica libre [...]”. Casi dos décadas después, Bertrand RUSSEL, insistía en la falibilidad de las teorías científicas, que “ninguna persona sensata considera inmutablemente perfectas”, y en las consecuencias para la “política práctica” de tal actitud intelectual, en especial la *tolerancia*; e instaba a defender las creencias liberales, compatibles también con un socialismo democrático, sin pedir disculpas “tímidamente ante los dogmatismos de derecha e izquierda”, sino “hondamente persuadidos del valor de la libertad, de la independencia científica y la tolerancia mutua” (en ‘*Filosofía y política*’, del citado *Ensayos impopulares*, cap. I, p.28 y ss.).



**EPISTEMOLOGICAL SCEPTICISM AND  
NEUTRALITY IN THE SCIENCE OF LAW:  
SOME CRITIQUES OF THE *CRITICAL THEORY* OF LAW**

JOSÉ LUIS MONTI

Profesor Adjunto Consulto  
Universidad de Buenos Aires, Argentina  
josemonti@derecho.uba.ar

**1. Introductory note. Something to remember.**

Some time ago, Bertrand Russell firstly and Karl Popper later on, reflected upon problems regarding knowledge. Particularly, about the practical consequences that can arise from the adoption of certain epistemology, not only for the scientific activity itself, but also for ethics and politics<sup>1</sup>. Popper explains how a wrong epistemological theory can produce such effects and provide two examples: (i) the first one refers to what he calls epistemological *optimism*, based on the idea that *the truth is obvious*, this is a belief that, despite having accompanied the birth of modern science and technology and contributed to the freedom of thought<sup>2</sup>, dispenses with the fact that it is often difficult to get to the truth, and once it is found it could be lost again easily, because of that Popper attributes to this belief to have

---

<sup>1</sup> Karl Popper, *The development of scientific knowledge – conjectures and refutations* -, Paidós, 1967, p. 11 et seq. Retelling of a Popper's conference delivered on January in 1960, which expresses this coincidence with Russell on this point, remembers that the latter had said, for example, that 'epistemological relativism', or the idea that there is not an objective truth, and 'epistemological pragmatism', *id est* the idea that truth and usefulness are the same thing, are both closely linked authoritarian and totalitarian ideas (from Russell in *Let the people think*, 1941). On the same issue it could see, among others: b. Russell, *Unpopular essays* (1950), Hermes, 2nd ed. In Spanish 1963, and K. Popper, *The open society and its enemies* (1945, 1966), Paidós, 1992.

<sup>2</sup> This idea underlies, according to Popper, the teachings of Bacon and Descartes.

provoked disappointments that led to sceptical attitudes<sup>3</sup> and also caused several forms of bigotry<sup>4</sup>; (ii) on the opposite side Popper mentions *scepticism* or epistemological *pessimism*, which is born from a contrary idea, equally wrong, consisted in a radical distrust of the power of human reason to discern truth, and it is also prone to fall in an “absolute authority”, which establishes “truth” and proclaims it. In one way or another, such approaches have inspired authoritarian conceptions, and have twisted the right way of scientific research as well<sup>5</sup>.

In the context described, as introductory note to what will be said later, I have found relevant to refer to certain Popper’s observations on the epistemological scepticism. He says that the belief in the possibility of a rule of law, of an equitable justice, the establishment of fundamental rights and a free society, can survive to the recognition that the judges are not omniscient and can make mistakes about the facts, and that, in practice, absolute justice is never done in a particular trial. But this belief in the possibility of a rule of law, justice and freedom, cannot survive the acceptance of an epistemology for which there are no “objective facts”, *not only in a particular case, but in any case*, and for which a judge can not commit a factual error because, in terms of facts, *he cannot be right or wrong*<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Popper says that many disillusioned epistemologists would break their own previous optimism and build an authoritarian theory on the basis of a pessimistic epistemology, and he thought that the greatest of the epistemologists, Plato, exemplifies this tragic evolution (op. cit., p. 16).

<sup>4</sup> Because if, either by divine revelation or by simple reading of nature, the truth is evident, how could anyone refuse to recognize it? Only either acting with malice or being a victim of a *conspiracy* to plunge him ignorance of this obvious truth. Popper points out how conspiracy theories influenced in religious persecutions, the Marxist conception (when it accuses the ‘capitalist press that it perverts and suppresses the truth’), and the remaining authoritarian doctrines (op. cit., p. 14-15).

<sup>5</sup> The eminent Austrian epistemologist, from his own experience, notes that in the search for the truth, the best plan could be: begin with the criticism of our strongest beliefs (op. cit., p. 13).

<sup>6</sup> Op. cit., chap. II, p. 11.

In light of the remembrance of these reflections, as I suggested in a recent symposium<sup>7</sup>, I will examine some issues which, in the same way, may arise in the field of the theory of law. To do that, I will be focusing on certain tenets of the so-called '*critical legal theory*', from the formulation of one of its most prominent exponents, Duncan Kennedy<sup>8</sup>. I will analyze these proposals and give a brief outline of a different perspective. I will begin with a summary of this thesis (2), to later on point out objections that I find in its formulation, from the point of view of their logical coherence (3) and its practical consequences (4).

## **2. The interpreter faces the according to Duncan Kennedy. Nothing is what it seems [Now you see me].**

In a nutshell, according to the opinion of the aforementioned author, judges -and lawyers-, in their role as interpreters of the law, are immersed in a context dominated by *ideologies* which affect their judgments about the solutions that will be drawn from the legal order for individual cases that have to be resolved<sup>9</sup>. He noted that while they attempt to show *the legal necessity of their solutions* regardless of ideology, in fact they cannot get rid of *strategic behavior*, that is, the choice of one of the possible solutions of the legal problem, based on *external* reasons, basically on their ideological preference. Kennedy considers that this circumstance is *ineradi-*

<sup>7</sup> Held in the School of Law of the Buenos Aires' University, from 5 to 7 May 2014, it had large attendance and dealt with different issues about philosophy of law, under the theme *Rationality in Law*.

<sup>8</sup> Four studies of this author have been published under the title '*Left and right*'. I will focus my attention on the first one, dealing with *strategic behavior in legal interpretation*, and the second: *a left phenomenological alternative to the Hart and Kelsen legal interpretation theory*. These studies, found in the *Critical Legal Studies (CLS)*, are preceded by a good introduction by translator, Guillermo Moro, ed. Siglo XXI, 2013.

<sup>9</sup> Kennedy's reflections are essentially concerned with American judges. That's what he announces at the beginning (p. 27) and other passages of his book (v. gr. p. 36, 95). In his presentation he defined *ideology* as an *universalization project from an intelligentsia that considers itself acting 'for' a group whose interests are in conflict with those of other groups* (sic, p. 28, see also quote from Mannhein, p. 95). It is a wide meaning apparently, although less clear, and the only examples mentioned are *liberalism* and *conservatism*, in the sense that he attributes to these trends in American society, warning that, above their differences, both assume a general structure and similar argumentative elements, which only differs in its presentation.

*able* of interpretation<sup>10</sup>, an adjective that anticipates his vision of the problem. It is always *possible* for the judge -he says- to adopt a strategic attitude toward materials [he refers to the rules], to try to make them mean something different from what they seemed at fist, or to *give then one meaning which excludes other initially possible*<sup>11</sup>. That is why he says that judges are *ideological actors*, even irrespective of their own perception, that is, know it or not.

In another passage Kennedy seems to mitigate the rigour of the discourse and tries to take distance from a more radical view in terms of the presence of ideology in the Court's decision. He expresses that, from his point of view, the insistence that the law is always and everywhere ideological, that it is *a social construction from beginning to end*, etc., involves as much denial as the opposite position. And he adds that his theory *is so hostile to global criticisms of objectivity in law, whether they are made from old Marxist angle or the postmodern one, as to the claim that the judges can always be and in fact usually 'neutral'*<sup>12</sup>. However, in the second study, by dealing with approaches by Hart and Kelsen on the interpretation of law, he restarts putting in the middle of the scene the activity of the interpreter (judge or lawyer). He insists that they not only *manipulates* the normative material to *build* the solution of the Hart's *penumbral zone*, or within the Kelsen's *framework*, but also in the previous step, to decides if it is possible to fit the case or not in that *area*, or if there is or not a matter of conflict, a gap, etc.

Inspired by a Marx's work, Kennedy insists now that the interpreter carries out a *legal "work"* to transform what would be called *initial apprehension* of the solution given by rules, in order to adapt it to his ideological preference. *Id est* that the *CLS (Critical Legal*

---

<sup>10</sup> Kennedy, p. 28.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 32. The judges thus resemble wizards who play with who play imagination of the audience, as in the film by Louis Leterrier (*'Now you see me' or 'Nothing is what it seems'*, 2013), creating mere plot appearances for their decisions, which would not have, however, real connection with the legal basis to which they relate.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 63.

*Studies*) as he understands them<sup>13</sup>, accept the *positivist idea that the law is sometimes determinate and some times indeterminate*, but they claim that this is not inherent in the qualities norms, on the contrary it depends on the work of the interpreter and its *strategic success*, as a consequence of the *unknowable nature 'in itself' or 'essential' of the norm (sic)*<sup>14</sup>. Developing this perspective in contrast to the Hart's and Kelsen's position, he noted then that even when an interpretation is established, the work can destabilize it, i.e. the work can *tilt or move nuclei and frames*, in a bottom to top fashion opposite to the authors' views above mentioned and MacKormick too.

To complete the idea he adds that ideology slants work, which in turn slants nuclei and frames, which in turn, in the perspective of coherence, provide the means to produce other destabilization of other nuclei and frames. With this perspective, the *corpus of valid law*, is presented as the historical product of lawyers', jurists' and judges' works, who carriers out opposing ideological projects. What is more that *corpus is unpredictably* subject to destabilization by *future* working strategies with an ideological orientation<sup>15</sup>. Legal equipment only influences the outcome of particular cases in combination with an interpretive activity is not cognitive but consciously or unconsciously strategic, although inherently considered its "essence" is "unknowable"<sup>16</sup>.

There is a moment in which Kennedy's explanation changes focus. When the expert on judicial activity, concerned with presenting a tightly descriptive analysis of such activity, gives way to the committed intellectual who expresses his own '*ideological preference*', by praising the *activist* judge's performance, who consciously or unconsciously pursues his own ideological commitments, opposite to those who seek their neutrality *tacking unpredictable or centrist*

<sup>13</sup> In other paragraphs it says that he adheres to what he calls a *phenomenological CLS left tendency* (pp. 94, 100).

<sup>14</sup> Op. cit., pp. 90-93; the same idea is then repeated at pp. 100 and 101.

<sup>15</sup> Op. cit., pp. 98, 99.

<sup>16</sup> Idem, pp. 100, 101.

*positions*<sup>17</sup>. Kennedy considers *legitimate* the attitude of the first one, and adds that if the *activist* can't destabilize the rule by using conventional techniques, he has to find the argument so that the solution matches to his conception of Justice. Our author admits that his stance the difficulty of an *infinite regression* to know whether the destabilization occurred or not because of conventional techniques, but still prefers it to the others alternatives.

### 3. Objections from the point of view.

Perhaps the most remarkable feature in Duncan Kennedy's study, of which a quick view has been given, consists of having designed a *legal sociology*, and in particular a *judiciary sociology*, which investigates how judges' behave in their mission to create solutions for cases they have to decide. He proposes a typology of that behavior<sup>18</sup>, but he also indicates how he believes that *they should* act. I will leave out here other aspects involved in this interesting contribution, to concentrate on the question linked to the impossibility of an objective formulation about solutions coming from a legal order, and its virtual neutrality.

Through a speech that sometimes becomes unclear and still unsteady, although Kennedy seems to give something to positivism when he refers to a relative determination of the law, it is only in appearance. As we have seen, ultimately he insists on a 'critical' questioning and the potentially *destabilizing* role which allows the interpreter to remove normative material from its original sense with the *strategic work*. Thus, that material becomes inherently *unknowable*.

If we follow that line of argument, it is practically impossible to achieve an *objective knowledge* of the law. Because in any interpretation the interpreter's ideological orientation shall always prevail

---

<sup>17</sup> Idem, pp. 95, 96. He attributes these ideas to judges who establish their ideological neutrality in two ways: alternating unpredictably between defined by ideologies in conflict, or coming up with a solution that gives something to each side.

<sup>18</sup> According to the way of their response on the basis of ideological preference, he mentions three types of judges: activist, mediator and bipolar; but as a common feature he highlights the *denial* of ideological incidence, about this issue he explores a psychological explanation.

above the conclusions which could be drawn from the normative material. The *normative propositions* that attempt to describe the content of the rules could not be, in fact, susceptible of truth or falsehood. For the simple reason that it would not be possible to verify them, precisely because the interpreter's conditions hinder *objectives* judgments in this regard. And the ones which appear as such judgments would be, at best, a *mask* to hide ideology that is behind. The argument leads, therefore, to discard *a priori* the possibility of acquiring objective knowledge in *all* imaginable legal orders, either with purely theoretical purposes, or as a preliminary step in its application by the courts.

I find a paradoxical twist in the foundations of this thesis. To give compelling reasons in its favor, supporters have necessarily to start from that what they themselves consider a reliable version of the contents of the legal order. That is to say an 'objective knowledge' and a 'neutral interpretation of its rules'. Otherwise it would not be possible to assert that certain interpretations or any "work" that is attempted would produce a sort of *ideological degradation* of that order.

*Only if* an objective sense of norms which makes up this order is assumed, it is possible to speak of a distortion or inclined intelligence by the *ideological preference* of the interpreter. Because in Kennedy's opinion the indetermination of law does not concern with intrinsic barriers, *id est* obstacles caused by logical problems of inconsistency or incompleteness of the legal order, or semantic difficulties in comprehension of texts. *Realism* has highlighted these last difficulties and the *open texture* of normative language. It suggests the possibility of attributing different meanings to certain texts, situation which would lead to several alternative solutions, phenomena with different opinions about its consequences. But the theory we are talking about, beyond of semantic or logical problems, emphasizes the incidence of ideology, an *extrinsic* factor of the content of norms. And it does it in such a way that ideology becomes a decisive and uncontrollable factor.

Of course, beliefs, political opinions, points of view on multiple aspects of life, the temperamental inclinations and so on, are part

of judges' subjectivity (and legal systems operators as well), which affect what they do, and part of what they do is to resolve cases through the application of system rules. But this does not mean that it is not possible to obtain an objective knowledge of them provide normative solutions for such cases.

Moreover, if we start from the hypothesis that a particular extrinsic factor, in this case *ideology*, it prevails decisively in the understanding of the rules, the only rational alternative to support it lies in presupposing an objective sense of rules, which shall be considered 'true' or 'reliable', to be able to contrast it with other interpretations which, according to criticism, would be *influenced by ideology*. This paradox is hinted in Kennedy's argument when he admits an *initial sense* which is offered to the interpreter in a first understanding of applicable rules, preceding his *destabilizing* work. Also, when he attributes that work the *indetermination* of the normative material.

The observation is not irrelevant and reveals that in the thesis under analysis two different areas appear to be confusing: one that describes the interpretative activity of norms, with particular reference to what the judges do, and another not so obvious that tends to emphasize what they *have to do*. So the choice of an *epistemological pessimism* – with regard to the possibility of neutral and objective knowledge of norms -, loses consistency, because it appears to be inextricably linked to an invitation to judges so that in the pursuit of their 'conception of Justice' they put rules aside as much as it's necessary. I have no doubt that this idea is preceded by *the best intentions*<sup>19</sup> but necessarily interferes and diverts the research.

On the other hand, beyond the context surrounding the thesis, the broad notion that the author gives to the word 'ideologies' should include *all* of them, i.e. any that an interpreter could stick to, whether *conservative* or *revolutionary*, maybe *liberal* or *authoritarian*, etc. But then, what ideology would the *activist* judge have to adhere suggested as a model? Kennedy doesn't seem to be willing to suggest support for those considered 'predominant' (conserva-

---

<sup>19</sup> A legendary film by Ingmar Bergman (1992) had that title and showed how often our own behavior makes these 'good intentions' may be thwarted without one's awareness.

tism and liberalism) and which *ab initio* he disqualifies. To make matters worse, according to his idea, it is not possible to predict the direction of the ideological impact on the solutions that are developed from the rules of the system<sup>20</sup>. These warnings complicate the support of this thesis even more.

#### 4. Problematic consequences. Best intentions.

Finally, let me make some remarks regarding the practical consequences of the thesis that we have considered. The scepticism described can lead to a result not less harmful than the one it would apparently try to conjure<sup>21</sup>. If it is not possible to rely on that the rules of a legal system will have a significant impact on social dynamics and, above all, that mostly they will be followed loyally by the people responsible for applying then and developing solutions from the system for cases to be solved, the conclusion cannot be other than those people, at least implicitly, can actually leave the rules aside, depart from them and decide without affection to its objective sense, since this would be *impossible to find* after all.

If that epistemological perspective prevails, most likely there will be *anomie* in the system, encouraged by a conception that denies the laws capacity to govern people's behavior. The next logical step will be the search of an *authority* that, no matter the norms issued, rules *personally*, as much in the name of God, of the collective spirit, of the soul of people, from the poor classes, or whatever; that is, the road to authoritarian or totalitarian ideas.

The early resignation to the objective of knowledge and neutrality in legal theory is equivalent to advocating that judges or others juridical operators hold themselves, not to objectively considered norms - since it would not be feasible to find their objective sense- but to some of those *force-ideas* that could predominate in the culture and the society. The relatively recent history of 20th century

<sup>20</sup> Op. cit., pp. 47 and 102.

<sup>21</sup> Apparently it would consist in changing the prevailing standards of interpretation to urge the interpretative transformation of certain rules -for example on property in the capitalist countries- to which a "huge and unfair impact on oppressed groups" is attributed (p. 101).

shows many examples of disastrous consequences for societies and individuals, which can cause this type of approaches about what the judges do and in particular what they '*have to do*' can cause.

The theory of law has debated for decade about its possible *neutrality*, and the debate has not become extinct yet. Sometimes it is just delayed, left aside, or considered as an outdated issue, a piece for epistemology Museum. And sometimes, some author considered that the defense of *political neutrality* in the work of the legal philosopher (*unequivocal sign of a conservative ideology*) *can only avail itself (...) in a ignorant or elitist attitude*<sup>22</sup>. This view, close to Kennedy's conception, is not indeed uniform or prevailing. Bulygin observed that *even if the law contains many ethical assessments, this is not a reason to deny the theory of law is – or should rather be – descriptive*<sup>23</sup>.

In short, with different semantic or conceptual clothes, and different attitudes or beliefs, the problem continues today in the same way as when Hans Kelsen wrote the preface of the first edition of *Pure Theory of Law* in 1934, revealing the search of a remote or equidistant perspective regarding the influence of the political gales of the age<sup>24</sup>. What was discussed there could be said to be an *epistemological* problem. Undoubtedly it was. But it was also something

<sup>22</sup> Manuel Atienza, *Current Argentine philosophy of law*, Depalma, B. Aires, 1984, p. 232.

<sup>23</sup> Eugenio Bulygin, in response to J. Raz in: *A discussion on the theory of law*, Marcial Pons, 2007, p. 109. In another text on the pure theory repeats that *legal science consists in the description of positive law and not in their assessment "as it is a" matter of politics in the description of the validity in Kelsen*, several studies under the title: *Validity and effectiveness of the law*, Astrea, 2005, p. 102)

<sup>24</sup> After narrating the attacks the his *theory* had received from so different sectors (v. gr. Fascism and communism), he says that "if with everything" he dared "in those days" to show his work, it was "with the hope that a younger generation does not remain, in the wild uproar of our days, without believing in a free legal science [...]". Almost two decades later, Bertrand Russel insisted in the fallibility of scientific theories which *no sensible considers immutably perfect*, and the consequences for 'practical politics' of such an intellectual attitude, especially *tolerance*; and urged to defend liberal beliefs, supported also by a democratic socialism, without shyly apologizing to *dogmatism of left and right leanings*, but *deeply persuaded of the value of freedom, scientific independence and mutual tolerance* (in *Philosophy and politics*, part of the quoted *Unpopular essays*, chapter I, p. 28 et seq.).

else Kelsen emphasized it instead of silencing it. The epistemological question, as an issue that interests the theory of law, remains in the classrooms and academic campuses. But the practical consequences of the problem go beyond these areas and are projected in the activity of the protagonists, the law operators, people *of flesh and bone* as Genaro Carrió used to say, and it also directly affects people's life in general. Hence the practical interest of these issues.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140018



**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O  
PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO PENAL:  
CONSIDERAÇÕES À LUZ DO FUNCIONALISMO DE  
CLAUS ROXIN**

**THE OBJECTIVE IMPUTATION THEORY AND THE  
CONFIDENCE'S PRINCIPLE IN THE CRIMINAL  
LAW: CONSIDERATIONS REGARDING THE  
FUNCIONALISM OF CLAUS ROXIN**

FLÁVIA SIQUEIRA COSTA PEREIRA

Mestranda

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil  
flaviasiqueiracosta@gmail.com

ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO

Procurador de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
adilson@mpmg.mp.br

**RESUMO:** A teoria da imputação objetiva vem sendo fonte das mais aguçadas e pertinentes discussões jurídico-penais da atualidade. Em uma perspectiva funcional teleológica e visando *prima facie* superar a compreensão até então fornecida, sobretudo, pelos teóricos causalistas e finalistas, o jurista alemão Claus Roxin foi o precursor da “moderna” teoria da imputação objetiva, propondo uma reformulação total da teoria do delito à luz da sua função político-criminal de proteção de bens jurídicos. Mormente em relação ao estudo da tipicidade, esta teoria coloca o tipo subjetivo em uma posição

secundária, rechaçando a subjetividade inerente ao finalismo, e reformula o conteúdo do tipo objetivo, que não pode se exaurir na existência de ação, causalidade e resultado. Segundo a teoria, o tipo objetivo não se esgota na mera causação de um resultado, sendo necessário o cumprimento de uma série de requisitos para que uma causação possa ser considerada objetivamente típica. Neste contexto, o princípio da confiança insere-se na teoria como critério limitador do risco permitido, partindo do pressuposto de que, ao interagirmos com os indivíduos na sociedade, podemos confiar em sua atuação correta. Assim, não se pode imputar a um indivíduo um resultado que não represente a concretização de um risco por ele criado, e sim por um terceiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da Imputação Objetiva; Teoria do Delito; Risco Permitido; Princípio da Confiança.

**ABSTRACT:** The objective imputation theory has been the source of the most relevant criminal legal discussions in the present. In a functional teleological perspective, in order to overcome *prima facie* the comprehension provided so far, mainly by causalists and finalists theorists, the German jurist Claus Roxin was the precursor of the “modern” objective imputation theory, coming up with a total reformulation of the delict theory in view of its political-criminal function of protecting the legal interests. Especially regarding the type of offense, the theory puts the subjective type on a secondary position, rejecting the subjectivity inherent of the finalism, and reshapes the content of the objective type, which cannot be exhaust on the existence of action, causality and result. According to the theory, the objective type is not limited on the mere causation of a result, being necessary the fulfillment of requirements so that a causation can be considered objectively typical. In this context, the confidence’s principle is inserted on the theory as a criterion that limits the allowed risk, assuming that, as we interact with the individuals on the society, we can trust that they will behave correctly. Therefore, one cannot impute to a person a result that does not represent the concretion of a risk created by him, but by a third person.

**KEY WORDS:** Theory of Objective Imputation; Allowed risk; Principle of Confidence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A teoria da imputação objetiva. 2.1. Esclarecimentos iniciais sobre a teoria da imputação objetiva. 2.2. Evolução histórica. 2.2.1. “Primeira” teoria da imputação. 2.2.2. Da necessidade de uma nova teoria da imputação. 2.2.3. Contexto do surgimento da teoria da imputação objetiva: aspectos gerais do funcionalismo. 2.2.4. A “moderna” teoria da imputação objetiva. 3. A imputação objetiva segundo Claus Roxin. 3.1. O nexu causal. 3.2. A criação de um risco juridicamente desaprovado. 3.2.1. A criação de um risco. 3.2.2. A desaprovação jurídica do risco criado. 3.3. A realização do risco. 3.4. Alcance do tipo. 4. O princípio da confiança. 4.1. Definição. 4.2. Posição funcionalista do princípio da confiança. 4.3. Restrições ao princípio da confiança. 4.4. Aplicações práticas do princípio da confiança. 4.4.1. Relações de trânsito. 4.4.2. Trabalho em equipe. 4.4.3. Comportamento doloso de terceiros. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

A teoria da imputação objetiva encontra-se em foco nas discussões dogmáticas penais e vem propor *prima facie* um aprimoramento do sistema. Seu estudo sistemático, mesmo que seja para refutá-la ou aceitar sua aplicabilidade, é importante para garantir a coesão do sistema penal, evitando o risco de decisões equivocadas e descompassadas com a atual realidade.

Ainda, por se tratar de uma construção doutrinária estrangeira, reconstruída e reformulada por algumas décadas, sua recepção no âmbito do Direito Penal brasileiro não é assim tão fácil, até porque no nosso contexto diversas questões atinentes à teoria ainda estão confusas.

O contexto metodológico em que surge a teoria da imputação objetiva é de “superação da sistemática finalista, de cunho ontologista, em favor de um sistema valorativo, teleológico, funcionalista na teoria do delito” (GRECO, 2002, p. 5).

Nesse prisma, a relevância da análise do princípio da confiança no âmbito da teoria da imputação objetiva se dá pela sua inserção na teoria do delito como critério limitador do poder punitivo do Estado, constituindo importante fonte de garantias do cidadão. De fato, não se pode imputar a um indivíduo um resultado que não seja obra sua e, portanto, não represente a concretização de um risco por ele criado, e sim por um terceiro, sob pena de inegável afronta ao princípio da culpabilidade.

O presente estudo tem por opção metodológica a abordagem, com maior ênfase, da doutrina de Claus Roxin (1997, p. 342-411), não obstante a existência de outras vertentes da teoria da imputação objetiva<sup>1</sup>. O referido autor foi o precursor da “moderna” teoria da imputação objetiva, sendo o primeiro a retomar o debate de Honig acerca da imputação na década de 70, estudo a partir do qual se desenvolveram todas as demais vertentes<sup>2</sup>.

## 2. A teoria da imputação objetiva

Pretende-se, em um primeiro momento, explicitar de maneira geral o que é a teoria da imputação objetiva e, posteriormente, fazer um panorama das construções doutrinárias que a embasaram e precederam o seu surgimento, para que possamos compreender a evolução do pensamento dogmático penal até chegar à teoria da imputação objetiva como a conhecemos hoje, na perspectiva doutrinária de Claus Roxin.

---

<sup>1</sup> A saber: Günther Jakobs, Wolfgang Frisch e Ingeborg Puppe.

<sup>2</sup> “Na modalidade em que é aplicada, desenvolvida e discutida atualmente, não cabe qualquer dúvida de que a teoria da imputação objetiva é devida, fundamentalmente, a vários artigos de Roxin publicados no início dos anos 70 do século passado [...]. A partir das contribuições de Roxin, a teoria da imputação objetiva – primeiro na Alemanha e depois no âmbito de países hispânicos – foi desenvolvendo uma verdadeira marcha triunfal, reservada a poucas construções dogmáticas da parte geral. Foi-se iniciando uma autêntica maré de publicações [...] e, com uma rapidez inusitada, a nova doutrina começou a ser aplicada pelos tribunais. Este processo desenvolvido no âmbito da doutrina alemã reproduziu-se primeiro na Espanha e começou depois [...] também em diversos países da América Latina”. Sobre a nota, vide: CALLEGARI; MELIÁ, 2005, p. 463.

## 2.1. Esclarecimentos iniciais sobre a teoria da imputação objetiva

A tarefa do Estado de imputar um resultado a alguém é tanto quanto complicada, e por isso sempre foi uma das grandes preocupações da dogmática penal. A definição precisa de todos os elementos do conceito analítico de crime<sup>3</sup>, mormente em relação à tipicidade, é essencial para que se possa garantir a segurança jurídica e deixar claro para a sociedade quais condutas são, de fato, puníveis. Assim, no âmbito da teoria do delito, é inafastável a importância do problema da imputação, que está dentro da discussão acerca do tipo.

Neste prisma, a teoria da imputação objetiva busca, em termos gerais, estabelecer “as circunstâncias que fazem de uma causação (como o limite máximo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, que transformam por ex. a causação de uma morte em um homicídio” (ROXIN, 2002, p. 308).

Pode-se dizer que uma das propostas da teoria da imputação objetiva é a construção de um sistema aplicável a todos os tipos de delito, buscando a diminuição da complexidade da sistemática dogmática penal, facilitando não somente a aplicação do Direito Penal, como também garantindo o expurgo de contradições valorativas no sistema<sup>4</sup>.

Tal concepção, contudo, não surgiu abruptamente, sendo fruto de uma longa evolução e estudo das insuficiências dos sistemas que até então visavam explicar o tipo no âmbito da teoria do delito, senão vejamos.

---

<sup>3</sup> “[...] uno de los logros esenciales de nuestro Derecho penal es que la cuestión de si una persona es o no responsable penalmente no se puede dirimir mediante elucubraciones de plausibilidad, típicamente abiertas, sino que depende de la realización de categorías básicas del hecho punible absolutamente determinadas” (FRISCH, 2004a, p. 20).

<sup>4</sup> “Se, com uma teoria genérica, pudermos resolver todos estes problemas, teremos alcançado uma considerável redução da complexidade do sistema dogmático, o que implica não só numa facilitação do trabalho de todos que tiverem de aprendê-lo e praticá-lo (ganho em termos didático-práticos), como a garantia de se prevenirem contradições valorativas (ganho em termos de justiça e política criminal)” (GRECO, 2002, p. 112).

Para o *naturalismo* – dogma adotado pelos teóricos causalistas<sup>5</sup> – o tipo de injusto dos crimes de resultado, também chamados de crimes materiais, exauria-se na descrição de uma modificação no mundo exterior. Tal sistema enxergava o autor do delito simplesmente como uma “força” capaz de alterar a realidade, sendo o nexos de causalidade entre a ação e o resultado suficiente para imputá-lo ao autor.

Considerando que os causalistas reduziam o tipo à causalidade, “toda ação *conditio sine qua non* de um resultado típico seria uma ação típica” (GRECO, 2007, p. 6). Percebe-se aqui a utilização da teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) levada ao extremo, já que qualquer ação que contribuísse, de alguma forma, para o resultado seria considerada típica.

No sistema causalista, portanto, o tipo penal consistiria somente em uma ação e um resultado, unidos por um nexos causal, sendo que todo o conteúdo psicológico deveria ser analisado no elemento da culpabilidade. Dessa forma, o sistema reconhecia somente o desvalor do resultado, ignorando a existência ou não de um desvalor da ação.

Tal concepção de tipicidade gerava incongruências, as quais Greco (2007) exemplifica com maestria:

A mãe que dá à luz a um filho, o qual trinta e quatro anos depois vem a descarregar a munição de seu revólver na direção de outrem, praticaria uma ação típica de matar, pois, se ela não tivesse posto este menino no mundo, a vítima não teria morrido em razão dos disparos por ele realizados trinta e quatro anos depois, de maneira que a ação da mãe foi *conditio sine qua non* e portanto causa do resultado. Como evitariam os defensores desta concepção de tipo, que o reduzia à causação de um resultado, que a mãe acabasse sendo efetivamente punida pela simples conduta de dar à luz ao futuro delincente? (GRECO, 2007, p. 7).

---

<sup>5</sup> No Brasil, temos Nelson Hungria e Anibal Bruno como principais expoentes deste sistema.

Com o advento do *finalismo*<sup>6</sup>, idealizado em um primeiro momento por Hans Welzel, acrescentou-se um componente subjetivo ao tipo: a *finalidade*, considerada como o dado humano que faria com que uma mera causação se transformasse em uma ação humana.

Os finalistas veem na vontade a função decisiva da ação humana, sendo que o conceito de ação deixa de ser algo meramente mecânico, como propunham os causalistas, para se tornar um comportamento ontológico e finalisticamente orientado, conscientemente dirigido a um objetivo.

Ao contrário do sistema anterior, para o finalismo a causalidade é apenas a parte objetiva do tipo (tipo objetivo), a qual necessita ser complementada pelo tipo subjetivo (finalidade e outros dados psíquicos, como o especial fim de agir).

Assim, no sistema finalista, o tipo penal seria a junção de um tipo objetivo e um tipo subjetivo, sendo o primeiro composto pelas mesmas elementares causalistas (ação + causalidade + resultado) e o segundo pelo dolo e demais elementos subjetivos especiais. Reconhece-se aqui a existência de um desvalor da ação (puramente subjetivo), ao lado do desvalor do resultado já identificado anteriormente.

Continuando o exemplo transcrito, Greco aponta que, de acordo com o sistema finalista, a “mãe que dava à luz o delinquente continuaria praticando uma ação objetivamente típica, tendo a punição excluída no tipo subjetivo, por considerações a respeito do dolo” (GRECO, 2007, p. 8).

A imputação objetiva vem à baila para colocar o tipo subjetivo em uma posição secundária (rechaça a subjetividade inerente ao finalismo), e reformular o conteúdo do tipo objetivo, que não pode se exaurir na existência de ação, causalidade e resultado, colocando-o, mais uma vez, como elemento principal do tipo. Segundo a teoria, o tipo

---

<sup>6</sup> O finalismo é a teoria que dominou o debate após a Segunda Guerra Mundial, vindo a ser recepcionada no Brasil muito anos depois. No Brasil, João Mestieri e Luiz Luisi foram os primeiros a se dedicarem ao sistema finalista, seguidos de Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Regis Prado, Juarez Cirino dos Santos, Cezar Roberto Bittencourt, dentre outros.

objetivo não se esgota na mera causação de um resultado, sendo necessário o cumprimento de uma série de requisitos para que uma causação possa ser considerada típica objetivamente.

Delimitar quais são esses requisitos já é uma tarefa um pouco mais complicada<sup>7</sup>, já que cada vertente adota uma direção diferente em relação à teoria, que é composta de diferentes fundamentos teóricos e fórmulas de expressão.

Pode-se afirmar, entretanto, que o ponto de congruência entre estas teorias, emanadas de teóricos *funcionalistas*<sup>8</sup>, é a intenção de fundamentar a responsabilidade do agente

não em dados subjetivos (dolo ou culpa) – que são incertos e inacessíveis –, mas em critérios objetivos que deixem patente que determinado resultado é obra efetiva de algum agente que o assumiu como próprio (ALBUQUERQUE, 2006, p. 64).

Partindo do princípio do risco, Roxin (1997, p. 342-411) desenvolve a imputação objetiva em três níveis, estabelecendo que os requisitos para imputar-se objetivamente uma conduta a alguém são, fundamentalmente, além da existência de umnexo causal, a criação de um risco não permitido, a realização deste risco no resultado e, ainda, o alcance do tipo.

O desvalor da ação, até agora meramente subjetivo, ganha um viés objetivo, que é a criação de um risco juridicamente proibido. Da mesma forma, há o enriquecimento do desvalor do resultado, já que só será desvalorada a causação que realize efetivamente o risco proibido gerado pelo autor. Tais institutos serão explicados mais detidamente nos próximos itens.

---

<sup>7</sup> Não cabe neste momento do trabalho, porém, aprofundar na teoria de um ou outro autor, sendo que os detalhes da teoria de Roxin serão explicitados mais à frente neste trabalho. Insta mencionar, ainda, as teorias de Jakobs, Frisch e Puppe.

<sup>8</sup> De fato, a teoria da imputação objetiva é a “tradução dogmática da teoria do tipo das correntes jurídico-dogmáticas funcionais das últimas décadas” (CALLEGARI, 2004, p. 21). Os aspectos principais da doutrina funcionalista serão explicitados posteriormente, no tópico 2.2.3.

O importante é que na doutrina da imputação objetiva há modificações significativas no tipo objetivo. Logo, o tipo penal será constituído pelo tipo objetivo e pelo tipo subjetivo, sendo o primeiro composto – além da ação, causalidade e resultado – da criação de um risco juridicamente desaprovado e da realização do risco. O tipo subjetivo permanece com o dolo e os elementos subjetivos especiais.

## 2.2. Evolução histórica

O *naturalismo*, perspectiva dominante até o final do século XIX e ainda influenciada pela Revolução Científica, levava os postulados dos modelos empíricos e avalorados das ciências da natureza (Física, Biologia etc.) para o Direito, que só assim poderia ser também considerado como uma Ciência. Portanto, era vedada a atribuição de valores aos conceitos jurídicos, já que conceitos axiológicos não eram considerados científicos.

Nessa linha de pensamento, a teoria do delito se estruturava em um conceito de ação, e também de tipo, como mera causalção modificadora do mundo exterior (*imputatio facti*), sendo que todo o aspecto pessoal do delito (subjetivo) seria atinente à culpabilidade (*imputatio juris*). Para a configuração do tipo, bastava a causalidade. Verifica-se, pois, que a voluntariedade não faria parte do injusto, sendo analisada somente na culpabilidade (TAVARES, 2009, p. 29).

As insuficiências do naturalismo deram margem ao surgimento, no início do século XX, do *neokantismo*, que introduziu a efetiva distinção conceitual entre causalidade e imputação. Chegou-se à conclusão de que o Direito, como ciência da cultura, não poderia utilizar-se de conceitos empíricos e sem juízo de valor. A teoria causalista entra em crise, vindo à tona uma análise do fato por uma perspectiva de sua lesividade social.

E é neste contexto de superação do naturalismo pelo neokantismo que surgem os primeiros questionamentos acerca da imputação, que só então toma efetiva importância, surgindo assim as primeiras teorias precursoras da atual teoria da imputação objetiva.

## 2.2.1. “Primeira” teoria da imputação

As primeiras teorias que buscavam explicar a imputação diferenciavam-se da denominada “moderna” teoria da imputação objetiva<sup>9</sup> por não explicitarem a ideia do risco, muito presente na atual teoria, e por, ao invés de determinarem os critérios de exclusão da imputação, limitarem-se a excluir os resultados imprevisíveis (GRECO, 2002, p. 15). De qualquer forma, constituem a base teórica sob a qual foi construída a atual teoria, sendo imprescindível a análise de seus pressupostos para que possamos compreender com excelência o que temos hoje em termos de imputação objetiva.

O conceito de imputação objetiva foi trazido para o Direito por Karl Larenz, em sua tese de doutorado intitulada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, defendida em 1927:

Sustentava Larenz que o critério fundamental para atribuir um fato a alguém reside no chamado ‘juízo de imputação’, cujo sentido seria marcadamente diferente do juízo sobre a existência ou não de uma relação causal. Com lastro na obra de Hegel (mas sem conceber a ação como unidade plena de sentido) e fortemente ancorado nos princípios básicos do idealismo, Larenz entende a imputação como a tentativa de delimitar um fato próprio de um acontecimento puramente fortuito, ou seja, na realidade o propósito primeiro do juízo de imputação nada mais é do que determinar se um fato é ou não obra de um sujeito (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 38).

Verifica-se, portanto, que seu objetivo principal ao formular a teoria da imputação seria, justamente, diferenciar ação típica de um mero acaso, considerado como tudo aquilo que é estranho à vontade<sup>10</sup>. Além de introduzir a ideia de finalidade, Larenz a conceitua de maneira a ser compreendida não só subjetiva, mas também objetivamente: “não podemos nos contentar em imputar aquilo que

<sup>9</sup> A diferenciação entre “primeira” e “moderna” Teoria da Imputação Objetiva, adotada neste trabalho, é utilizada por Luís Greco (2002, p. 14 e 23).

<sup>10</sup> “A imputação nada mais é do que a tentativa de distinguir o próprio ato daquilo que ocorre por acaso” (LARENZ apud GRECO, 2002, p. 17).

foi conhecido e querido, mas temos também que imputar aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, o objeto possível da vontade” (LARENZ *apud* GRECO, 2002, p. 18).

Larenz, portanto, teve o mérito de redescobrir o conceito de imputação, colocando-o no âmbito da discussão jurídica, já que até então não lhe era dada importância devido à influência do naturalismo e também por iniciar o debate acerca da construção de um conceito de ação a partir da imputação.

Alguns anos depois, Richard Honig trouxe o conceito de imputação para o Direito Penal, construindo um modelo a partir, exclusivamente, da Teoria Geral do Direito, independentemente de qualquer posição filosófica<sup>11</sup>. Partindo da polêmica acerca da insuficiência da teoria da equivalência dos antecedentes, constata-se que:

[...] na ciência do direito não é possível que a comprovação do nexos causal em si seja mais importante, mas deverá discutir-se a explicação de uma determinada propriedade – que corresponde às exigências da ordem jurídica – do nexos existente entre a ação e resultado. (HONIG *apud* ROXIN, 1993, p. 145).

Ou seja, Honig tenta resolver o problema da causalidade no Direito Penal afirmando a necessidade da existência de um nexos normativo entre a ação e o resultado, construído diante das particularidades da ordem jurídica; só assim uma causalidade seria relevante, de alguma forma, para o direito. A imputação objetiva seria um juízo feito para solucionar o problema da causalidade, a fim de que seja identificada a relevância de um nexos causal para o direito.

Honig analisa a vontade no âmbito da ação, compreendendo-a não em termos subjetivos, mas sim como uma finalidade objetiva: para ele, a “direção objetiva da vontade” (HONIG *apud* GRECO, 2002, p. 21) seria o ponto principal do juízo de imputação. Portanto, a

---

<sup>11</sup> Tal postura é contrária àquela adotada por Larenz, que construiu um modelo de imputação baseado na filosofia de Hegel. “[...] deduzir o conceito de imputação objetiva dos princípios geralmente reconhecidos na teoria geral do direito e independentemente de qualquer posição filosófica” (ROXIN, 1993, p. 147).

dirigibilidade objetiva a um fim seria o critério que diferenciaria uma ação humana de um ato fortuito.

Se para Larenz a teoria da imputação objetiva seria uma teoria da ação em geral, Honig especifica um pouco mais sua abrangência, estabelecendo se tratar de uma teoria da ação típica, e não de qualquer ação, já que somente aquela é relevante para o Direito Penal (GRECO, 2002, p. 22).

Verifica-se, pois, que o principal mérito de Honig foi tratar da imputação objetiva especificamente no âmbito do Direito Penal, aprofundando mais a sua aplicação neste ramo específico do Direito. Trouxe ainda várias conclusões e discussões que até hoje são válidas, principalmente diante da eficiência com que distingue a causalidade (ontológica) da imputação (axiológica).

Com o passar dos anos, algumas teorias buscaram discutir, mesmo que de forma incipiente, a questão da imputação. Segundo Luís Greco (2002, p. 23), muitas teorias que surgiram no âmbito do Direito Penal podem ser consideradas como precursoras da teoria da imputação objetiva por fornecerem não só bases teóricas, mas também por formularem apontamentos que foram posteriormente criticados pelos expoentes da “moderna” teoria<sup>12</sup>.

Com efeito, somente a partir do estudo de Roxin – que retomou os apontamentos de Honig, seguido de Jakobs, Frisch e Puppe, principalmente – que podemos falar em uma efetiva teoria da imputação objetiva, da forma como a conhecemos hoje:

---

<sup>12</sup> Luís Greco (2002, p. 23) cita como precursoras da teoria da imputação objetiva as seguintes correntes teóricas: teoria da causalidade adequada; teoria da relevância, teoria da adequação social, teoria social da ação, teoria finalista da ação e a teoria do crime culposo. Salta aos olhos o fato de o autor ter mencionado a teoria finalista, oponente radical da teoria da imputação objetiva, como precursora desta. Contudo, é certo a teoria finalista serviu, de alguma forma, como base para a teoria da imputação objetiva, razão pela qual foi mencionada pelo autor. De qualquer forma, não cabe aqui a análise, mesmo que perfunctória, destas teorias, já que não são objeto direto deste trabalho, sendo relevante somente a sua menção.

Não obstante a teoria da imputação ter assumido um lugar de destaque em todos os manuais de direito penal, se deve, contudo, a Roxin o grande mérito de sua sistematização e enquadramento correto na teoria do delito da atualidade (TAVARES, 2003, p. 280).

Assim, verifica-se a imprescindibilidade do estudo aprofundado da teoria da imputação objetiva de Roxin, que foi precursora em seu desenvolvimento.

### 2.2.2. Da necessidade de uma nova teoria da imputação

De uma maneira geral, o surgimento da teoria da imputação objetiva foi motivado pela necessidade de limitar a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*) no âmbito dos crimes materiais. Se fosse levada ao infinito, esta teoria da equivalência acabaria gerando perplexidades, como, por exemplo, o absurdo de se responsabilizar penalmente a mãe que deu à luz um indivíduo que, 30 anos depois, veio a ceifar a vida de outrem.

Roxin (1993, p. 148) pretende superar o problema da causalidade, intenção que é corroborada por Escamilla (1992 apud D'AVILA, 2001, p. 39), dentre outros autores, ao afirmar que a teoria da imputação objetiva estruturou-se como uma forma de “*superación definitiva del dogma causal*”.

Quando retomou o conceito de imputação objetiva na década de 1970<sup>13</sup>, trabalhado antes por Honig e Larenz, com a intenção de tentar delimitar a questão do regresso ao infinito que acabava causando a teoria da *conditio sine qua non*, Roxin utilizou-se de critérios normativos, objetivos, que limitariam a teoria no âmbito do tipo objetivo. Não obstante a existência de outros institutos até então criados na tentativa de limitar a *conditio sine qua non*, para Roxin os mesmos não eram suficientes para explicar a imputação.

---

<sup>13</sup> A primeira menção de Claus Roxin a respeito da Teoria da Imputação Objetiva foi em um artigo de 1970, intitulado “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, o qual fazia parte de um livro dedicado a HONIG, “Festschrift für Richard Honig”, publicado em Göttingen. A tradução do texto para o português está na obra “Problemas Fundamentais de Direito Penal”, publicada em Lisboa em 1993 (ROXIN, 1993, p. 145).

Chega-se à conclusão de que a relação de causalidade naturalística não seria mais o elemento suficiente para a delimitação de uma ação típica, e sim somente um pressuposto, um limite mínimo da imputação objetiva. Exigir-se-ia, pois, a criação de um risco juridicamente proibido e sua materialização no resultado para que pudesse se falar em tipicidade.

A utilidade deste estudo foi, inicialmente, destinada para os crimes materiais, mas há quem defenda uma evolução e extensão da teoria, falando-se hoje até em imputação objetiva nos crimes omissivos próprios, de mera conduta, e mesmo nos formais, a tal ponto que para Bacigalupo (1999, p. 203) toda a teoria do delito seria uma questão de imputação, com tipo de injusto e culpabilidade próprios<sup>14</sup>. Jakobs (2009, p. 185) inclusive também adota esse posicionamento, tanto que em seu “Tratado de Direito Penal” a “Teoria do Delito” como um todo é denominada de “Teoria da Imputação”. Frise-se que Roxin deixa bem claro que, do seu ponto de vista, a teoria da imputação objetiva seria aplicável somente aos crimes materiais.

Por fim, pode-se perceber que a teoria da imputação objetiva tem seus critérios originados da já existente teoria dos delitos culposos:

Esta teoría, al hacer uso de criterios normativos complementarios de la causalidad y la previsibilidad, asume los mismos criterios desarrollados en el marco del delito imprudente para determinar el deber objetivo de cuidado, presentándolos, sin embargo, como criterios tendentes a valorar la relevancia típica de la relación existente entre la conducta y el resultado (GOMEZ, 2009, p. 161).

[...] como os requisitos da imputação objetiva nada mais são do que os requisitos do delito culposo, só que ‘com outra roupagem’ e com outro alcance, vez que aplicáveis também ao tipo objetivo do delito doloso, pode-se recorrer sem qualquer problema aos escritos sobre a culpa, cujas considerações passam a ser válidas também para os crimes dolosos em geral (GRECO, 2007, p. 38).

---

<sup>14</sup> Há quem negue esta perspectiva da teoria da imputação objetiva como uma teoria do delito em si. Sobre o tema: SANCINETTI; MELIÁ; FERRANTE, 1998, p. 182. No mesmo sentido, está Claus Roxin.

Neste prisma, os critérios já existentes em relação aos delitos culposos foram adaptados e evoluídos de modo a serem aplicados a todos os tipos de delitos.

### **2.2.3. Contexto do surgimento da teoria da imputação objetiva: aspectos gerais do funcionalismo**

O funcionalismo tem como fundamento o tratamento das instituições jurídico-penais “dentro de uma ordem de orientação, conforme os dados existentes no sistema jurídico ou social” (TAVARES, 2009, p. 156).

Sobre o funcionalismo, discorrem Prado e Carvalho:

Modernamente, não há um verdadeiro predomínio metodológico. O Direito Penal encontra-se tomado por correntes ecléticas. Dentro desse sincretismo metodológico, sobressai uma tendência teleológica que assinala uma *normativização conceitual*. [...] As orientações albergadas sob essa tendência denominam-se correntes ‘teleológicas’ ou ‘funcionalistas’. Tais correntes – que não têm uniformidade metodológica – estabelecem correções ou diretivas diferenciadoras, racionalizando uma intervenção finalística segundo conceitos normativos, com vistas à construção de um modelo mais poroso às remodelações politico-criminais. Considera-se errôneo o reconhecimento de constelações fáticas anteriores aos preceitos jurídicos, isto é, a existência de estruturas ontológicas que sirvam de marco de referência às disposições legais é afastada com veemência. (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 64).

Explicitando a característica teleológica das teorias funcionais, Escamilla afirma que, no âmbito do funcionalismo:

[...] se o Direito Penal é uma instituição dirigida à consecução de certos fins, o conteúdo e requisitos das normas penais deverão ser determinados a partir da perspectiva dos fins a conseguir. (ESCAMILLA, 1992, p. 33).

Pressupondo a existência de valores e finalidades, os quais devem basear toda a construção jurídica<sup>15</sup>, questiona-se então quais seriam e de onde seriam retirados os valores sobre os quais se pretende construir o sistema.

Para o funcionalismo teleológico de Roxin, “os valores e as finalidades fundamentais serão fornecidos pela política criminal”, sendo certo que o intuito do autor, ao retomar o conceito de imputação objetiva, era “uma revisão total do sistema da teoria do delito, reconstruindo cada conceito à luz de sua função político-criminal” (GRECO, 2002, p. 64).

Contudo, de acordo com Roxin (1997, p. 181 e ss.), o fundamento da sociedade não poderia ser *qualquer* política criminal, mas somente aquela ligada intrinsecamente com a ideia de Estado Democrático de Direito, baseado na subsidiariedade do Direito Penal, que deve tutelar somente os bens jurídicos mais sensíveis da sociedade, sempre através da prevenção geral e especial e com observância aos direitos e garantias constitucionalmente salvaguardados.

Ainda, é imprescindível que a referência de valores de um sistema leve em conta dados da realidade, para que a política criminal efetivamente produza efeitos, de fato garantindo a proteção aos bens jurídicos e também a segurança dos indivíduos da sociedade em relação ao poder punitivo do Estado, sendo essencial o abandono de uma “abordagem exclusivamente normativista” (GRECO, 2002, p. 67). Assim, segundo Luís Greco: “[...] dentro de uma perspectiva funcional, político-criminalmente orientada, os conceitos jurídicos devem ser construídos de maneira a satisfazer determinadas funções” (GRECO, 2002, p. 78).

Para Roxin, as teorias que buscavam explicar o tipo até então eram, portanto, disfuncionais, se comparadas com o fim que o Direito Penal exige do tipo, que não pode esgotar-se na causalidade, como estabeleciam os causalistas, tampouco limitar-se ao conceito de ação finalisticamente dirigida a uma lesão do bem jurídico, como propunham os finalistas.

---

<sup>15</sup> Isto no contexto do método da “jurisprudência dos valores” (*Wertungsjurisprudenz*), seguido naquele momento pela literatura dominante no campo da metodologia jurídica (GRECO, 2002, p. 62).

Considerando que a função do Direito Penal é eminentemente preventivo-geral<sup>16</sup>, com o fito de prevenir a lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma, só podem ser proibidas pelo ordenamento condutas que, de alguma forma, ameacem os bens jurídicos, ou seja, que de fato sejam consideradas *condutas perigosas*. Assim, ao contrário do que defendem alguns expoentes do finalismo, para que a conduta do agente seja realmente reprovável não é suficiente que ele apenas tenha a intenção de lesar o bem jurídico, existindo somente uma “finalidade lesiva” ao bem jurídico.

De acordo com Greco:

Se, de uma perspectiva *ex ante*, a ação praticada não parecer perigosa aos olhos de um observador objetivo, dotado de conhecimentos especiais do autor (prognose póstuma objetiva, idêntica à da teoria da adequação), ela não terá por que ser proibida. Isto porque as normas penais não proibem ações que sequer gerem riscos juridicamente relevantes. Tudo o mais seria proibir por proibir, sem qualquer respaldo nas funções do Direito Penal (GRECO, 2002, p. 82).

Por outro lado, deve-se frisar que não é qualquer conduta perigosa, passível de lesão a algum bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, que será proibida pelas normas penais, até porque “proibir terminantemente a prática de toda ação perigosa congelaria a vida social, transformaria o dia-a-dia em um museu” (GRECO, 2002, p. 82).

Assim, só seria político-criminalmente defensável a proibição pelo Direito Penal de condutas que, além de perigosas, ultrapassem o denominado *risco permitido*<sup>17</sup> e, além da criação de um risco não permitido, seria necessária a efetiva realização no resultado deste risco criado pelo autor.

---

<sup>16</sup> “O fim político-criminal de uma ameaça abstrata de pena é preventivo-geral: através da capitulação de um determinado comportamento em um tipo penal deve o indivíduo ser motivado a omitir o comportamento ali descrito (e, nos delitos omissivos, a realizar a ação devida)” (ROXIN, 2002, p. 233).

<sup>17</sup> O risco permitido seria determinado a partir de uma ponderação entre a liberdade geral dos indivíduos e os bens jurídicos que o direito penal visa proteger. Tal relação, contudo, será explicitada com detalhes mais à frente neste trabalho.

#### 2.2.4. A “moderna” teoria da imputação objetiva

A “moderna” teoria da imputação objetiva tem seu início, como já explicitado, com a retomada de Roxin<sup>18</sup> do debate de Honig sobre a ideia de imputação objetiva, em texto intitulado “Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”.

Roxin inicia a exposição abordando com minúcias a teoria de Honig, ressaltando a evolução deste ao abandonar o ontologismo e os conceitos pré-jurídicos, para preocupar-se com o viés teleológico, construindo uma teoria que, para aquele, representa uma verdadeira teoria normativa da ação (ROXIN, 1993, p. 145).

A partir dos apontamentos de Honig, Roxin desenvolve o *princípio do risco*, consistente na premissa de que um processo causal danoso somente poderia ser originado se o agente, de fato, criar um risco juridicamente relevante de lesão típica a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Então, a partir da ideia do risco, Roxin começa a elaborar, “para os crimes de resultado, uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal” (1993, p. 148).

Roxin apresenta quatro critérios que, segundo ele, concretizariam o princípio do risco e formariam a teoria da imputação, quais sejam: a “diminuição do risco”, estabelecendo que as ações que diminuem riscos não são ações típicas; a “criação ou não de um risco juridicamente relevante”, já que, para ele, as ações que não criam efetivamente uma possibilidade de lesão ao bem jurídico não são típicas (ROXIN, 1993, p. 149); o “aumento ou falta de aumento do risco permitido”, que explicaria os casos em que o autor ultrapassa o risco permitido mas não se sabe ao certo se uma ação, de acordo com os ditames, iria de fato evitar o resultado lesivo (ROXIN, 1992, p. 152); e a “esfera de proteção da norma como critério de imputação” (ROXIN, 1993, p. 154), explicitando que não poderão ser imputáveis aqueles resultados que ultrapassem o fim

---

<sup>18</sup> Para Juarez Tavares (2003, p. 167), a primeira grande contribuição de Roxin foi “romper com a estrutura normativa proposta pelas doutrinas até, então, dominantes”.

de proteção da norma de cuidado<sup>19</sup>.

Para fundamentar os critérios apresentados, Roxin retoma o clássico exemplo utilizado também por Honig, em que um sobrinho sugere que seu tio vá passear na floresta, na esperança de que este venha a ser atingido com um raio, para que possa receber sua herança, o que de fato vem a acontecer. Para ele, ao sobrinho não poderia ser imputada a morte do tio, porque sua conduta, por mais que fosse finalisticamente dirigida a um fim, não criou um risco considerável de lesão ao bem jurídico: “a conduta não é perigosa e, como tal, é indiferente para o legislador” (ROXIN, 1993, p. 158).

É nítida a intenção de Roxin em relacionar este primeiro viés da teoria da imputação objetiva com a teoria da ação, visando enquadrá-la no âmbito da teoria do delito. O autor estabelece, então, distinção entre “imputação do comportamento” e “imputação do resultado”, estando compreendidas no primeiro caso as hipóteses de exclusão da ação (ex.: “movimentos provocados por meros reflexos ou por vis absoluta”) e, no segundo, os quatro critérios por ele estabelecidos (ROXIN, 1993, p. 162).

Concluindo, Roxin analisa o conceito de “finalidade” (1993, p. 164), discussão que segundo ele tem marcado “a discussão jurídico-penal básica nos últimos decênios”, e critica o finalismo de Welzel:

Welzel pensou ter encontrado no referido conceito um critério de imputação ontologicamente fixo, imutável e preexistente ao direito penal: de acordo com tal critério, um processo causal – se nos é permitido avançar com o exemplo já utilizado antes – apenas constitui uma ação de homicídio se o autor o conduziu conscientemente (‘finalisticamente supradeterminados’) a essa meta. (ROXIN, 1993, p. 165).

A partir do abandono dos conceitos ontológicos e diante da necessidade de concretizar um sistema teleológico, político-criminal,

---

<sup>19</sup> Roxin frisa em seu texto, ainda, que os três primeiros critérios partem da teoria de Honig e que o último representa um “ponto de vista de imputação independente de tal ideia” (ROXIN, 1993, p. 162).

Roxin afirma que a finalidade de Welzel só pode ser aproveitada pelo Direito Penal se entendida como um “conceito normativo”<sup>20</sup>, já que a finalidade não se baseia unicamente em umnexo causal destituído de valor, mas sim pressupõe critérios de imputação.

Este trabalho foi apenas um primeiro esboço da “moderna” teoria da imputação objetiva, sendo que posteriormente evoluiu em muitos aspectos através dos estudos da doutrina. Neste primeiro momento há, ainda, algumas insuficiências, apontadas por Greco:

Primeiramente, falta-lhe uma verdadeira fundamentação do princípio do risco. Este é introduzido de maneira quase que axiomática, por ocasião da análise do caso do sobrinho e do critério de imputação de Honig. Esta fundamentação [...] será fornecida posteriormente por Roxin e seus alunos. Em segundo lugar, Roxin ainda não distingue, com clareza, os dois planos da imputação objetiva, a saber, a criação do risco juridicamente desaprovado e sua realização no resultado. Os quatro critérios são arrolados sem uma determinada hierarquização lógica (como ainda ocorre em muitas exposições). Por fim, a distinção feita quase ao final, entre imputação do comportamento e imputação do resultado, mais confunde do que aclara, uma vez que utiliza duas vezes a palavra imputação com sentido na realidade diverso. (GRECO, 2002, p. 160).

De qualquer forma, é evidente que este estudo constituiu um primeiro passo, não só por reabrir a discussão sobre a imputação, mas também por introduzir a ideia de risco, a qual irá guiar todo o desenvolvimento da teoria posteriormente.

Antes de aprofundarmos na teoria da imputação objetiva funcional de Roxin, a qual servirá de base para o presente trabalho, faz-se mister mencionar a existência, na atualidade, de outros modelos

---

<sup>20</sup> “Outros aspectos da finalidade, tal como a empregam os finalistas na estrutura do crime, também se determinam normativamente; é o que sucede, por exemplo, com a separação entre dolo eventual e negligência consciente, separação que não é em absoluto ontologicamente preexistente, mas que deve fazer-se segundo o ponto de vista da culpa, e com as qualidades normativas das circunstâncias do fato, cuja realização controlada caracteriza o nexofinal.” (ROXIN, 1993, p. 166).

alternativos de imputação que também fazem parte da atual discussão alemã, dentre os quais destacam-se os propostos por Günther Jakobs<sup>21</sup>, Wolfgang Frisch<sup>22</sup> e Ingeborg Puppe<sup>23</sup>. Como explicitado anteriormente, tais teorias não serão objeto de análise direta neste trabalho, por extrapolarem a proposta perquirida.

### **3. A imputação objetiva segundo Claus Roxin**

Por mais que Roxin tenha sido o primeiro autor a retomar a discussão acerca da imputação objetiva, a exposição que fez em 1970<sup>24</sup> foi, em muito, desenvolvida e modificada por ele e por seus alunos ao longo dos anos, até os dias de hoje. A formulação que temos na atualidade em termos de teoria da imputação objetiva, sob o enfoque deste autor, sofreu algumas modificações.

De qualquer forma, a ideia inicial de basear a imputação no princípio do risco permanece, com algumas novas elaborações. Em recente exposição sobre o tema, Roxin ressalta que a imputação ao tipo objetivo é um problema que tem relevância somente para os crimes de resultado (materiais). Em relação aos delitos formais ou de mera conduta não há questionamentos sobre o tipo na parte geral<sup>25</sup>.

Passa-se, agora, a expor os principais aspectos da atual teoria da imputação objetiva de Claus Roxin.

#### **3.1. O nexu causal**

A teoria do nexu de causalidade é, para Roxin, “el fundamento de toda imputación al tipo objetivo” (1997, p. 347), já que o primeiro pressuposto para que se possa imputar ao agente a realização do

---

<sup>21</sup> Confira: JAKOBS, 2010.

<sup>22</sup> Confira: FRISCH, 2004.

<sup>23</sup> Confira: PUPPE, 2001.

<sup>24</sup> Exposição esta explicitada no item 2.2.4, relativo à “Moderna” teoria da imputação objetiva.

<sup>25</sup> Como já mencionado, há que defenda a imputação como uma teoria geral do delito, como Jakobs (2010, p. 185).

tipo é que este tenha causado um resultado. Entretanto, somente a existência de um nexo de causalidade não é suficiente para se afirmar a realização do tipo objetivo, devendo estar presentes, também, outros elementos.

A causalidade é um tema controvertido, tanto na filosofia quanto nas ciências da natureza. Até os estudos de física quântica demonstraram que “los procesos que se dan en el átomo no están determinados causalmente, sino que obedecen a leyes estadísticas, que sólo permiten predicciones de probabilidad” (ROXIN, 1997, p. 346). Dessa forma, pode-se afirmar que nem todo resultado no mundo naturalístico é precisamente determinado pela causalidade, podendo haver apenas probabilidades.

Ainda, há controvérsias filosóficas acerca da causalidade:

Así se discute si la causalidad es una categoría del ser o, como pretendía Kant, una mera forma de pensar de nuestro intelecto. La moderna teoría del conocimiento considera frente a Kant a la causalidad como un fenómeno empírico y que obedece a determinadas leyes, pero por regla general evita los conceptos de ‘causa’ y ‘efeito’ y entiende la causalidad como predecibilidad o explicabilidad de acontecimientos sucesivos. (ROXIN, 1997, p. 347).

No âmbito do Direito, a jurisprudência e a doutrina dominantes utilizam-se da teoria da equivalência dos antecedentes para identificar o nexo de causalidade, a qual, partindo de um conceito pré-jurídico de causalidade, considera como “causa toda condição de um resultado que não se pode ser excluída mentalmente sem que o resultado concreto desapareça” (ROXIN, 2002, p. 273).

Só que tal teoria apresenta inúmeras deficiências, não logrando êxito em determinar corretamente o nexo causal, até porque, se for levada ao infinito, pode gerar grandes equívocos. Se, por exemplo:

[...] um motorista bêbado não consegue mais dominar seu carro e acaba caindo na pista em sentido contrário, onde colide com um carro vindo do outro lado, o uso de álcool é causa deste re-

sultado; pois se o excluirmos mentalmente, o motorista do carro teria permanecido na pista correta, e o acidente não teria ocorrido. A vítima seria igualmente causa do resultado: se excluirmos mentalmente o fato de ela dirigir, não se chegaria ao acidente. De acordo com a referida fórmula, também os produtores dos carros são causa do resultado: igualmente outras pessoas, que motivaram um dos dois motoristas a sair dirigindo, e uma série de outras circunstâncias que tivessem influência sobre o acontecimento concreto (por ex., a construção da estrada, a descoberta do motor etc.). Não se faz qualquer seleção entre as inúmeras condições de um resultado. (ROXIN, 2002, p. 273).

Para afirmar sua insuficiência, Roxin (2002, p. 287 e ss.) expõe, então, os problemas da teoria da equivalência: (i) qualquer modificação no resultado seria suficiente para determinar a causalidade (assim, mesmo que, por exemplo, um médico utilize-se de algum medicamento para postergar a vida do paciente, aos olhos da teoria também terá colocado uma condição para sua morte); (ii) não considera cursos causais hipotéticos, e, portanto, se o resultado fosse inevitável – já que teria ocorrido de qualquer maneira por outra circunstância, caso a causa principal não ocorresse – tal fato não seria considerado; (iii) os casos de causalidade alternativa só poderiam ser explicados pela fórmula da condição conforme a uma lei<sup>26</sup>; (iv) mesmo se um nexo de acontecimentos for muito incomum, isto não influenciará no aferimento da causalidade; (v) a causalidade não é “descontinuada” se entre a ação e o resultado houver uma ação dolosa de um terceiro; (vi) não explica a causalidade no plano psíquico (ex.: instigação ou induzimento); e, por fim, (vii) não chega a uma solução para os casos de interrupção de cursos causais de salvamento.

Por outro lado, a teoria da adequação e da relevância, utilizada ao lado da teoria da equivalência, também possui seus problemas. Segundo ela:

---

<sup>26</sup> A teoria da condição conforme a uma lei natural foi desenvolvida pela penalista Ingeborg Puppe, retomando a obra de Engisch, segundo a qual “a relação entre causa e consequência define-se como uma relação condicional ajustada a leis, a qual não será lógica, senão empírica” (MARTINELLI, 2012, p. 2).

Um comportamento será causa em sentido jurídico penal unicamente se possuir uma tendência à provocação do resultado típico; condições que só o provocam por acaso não são juridicamente relevantes. (ROXIN, 2002, p. 302).

A vantagem da teoria da adequação é a exclusão da causalidade em relação às condições que causam o resultado de modo imprevisível ou sem culpa do agente, o que complementa a teoria da equivalência, permitindo também a exclusão de cursos causais incomuns, vedando o regresso ao infinito, e também de cursos causais “fantasiosos”<sup>27</sup>.

Contudo, a teoria da adequação não pode ser uma alternativa à teoria da equivalência, mas somente um complemento, já que se trata, na verdade, de uma teoria da imputação e não da causalidade<sup>28</sup>. E, considerando que o princípio da adequação é insuficiente como teoria da imputação, pois somente a adequação de um nexos causal não basta para que se possa imputar um resultado a alguém, só pode ser considerada como um elemento da teoria geral da imputação: “ele é nela absorvido, não precisando mais ser tratado separadamente nos quadros de uma teoria autônoma” (ROXIN, 2002, p. 305).

### 3.2 A criação de um risco juridicamente desaprovado

O desvalor objetivo da ação é um componente da imputação objetiva, sendo certo que um resultado só poderá ser considerado como obra de um agente, caso sua ação gere, de fato, um risco não

---

<sup>27</sup> “A teoria da adequação também permite eliminar complexos causais bastante incomuns: ela evita o *regressus ad infinitum* da teoria da equivalência, ao poder, por ex., considerar que os ascendentes do criminoso não são causa dos atos por ele praticados (enquanto os defensores da teoria da equivalência acreditavam só poder eximi-los de responsabilidade através da negação do dolo e da culpa); e ela permite a exclusão de cursos causais “fantasiosos”, de maneira que o causador de um acidente cuja vítima é morta em um incêndio no hospital não é mais considerado causador deste resultado” (ROXIN, 1993, p. 302).

<sup>28</sup> Isto porque, “ela não diz quando uma circunstância é causa de um resultado, mas ela procura responder à pergunta quanto a que circunstâncias causais têm importância para o Direito e podem ser imputadas ao autor” (ROXIN, 1993, p. 304).

permitido juridicamente. A relevância do desvalor da ação é bem apontada por Frisch (2004, p. 312), ao afirmar que “o ponto de gravidade da teoria é, sem dúvida, o desvalor da ação”<sup>29</sup>.

Pode-se dizer que o desvalor da ação é uma análise da perspectiva *ex ante*, ou seja, analisa-se o fato de acordo com as situações existentes antes da prática da ação, sendo que sua inexistência isenta completamente o agente de pena. No desvalor do resultado, por sua vez, haverá a possibilidade de se punir o agente pela tentativa, além de constituir uma análise *ex post* do fato ocorrido.

Assim, o desvalor da ação é composto de duas elementares: em primeiro lugar, para que se possa falar em imputação, é essencial que haja a *criação de um risco* e, ainda, que tal risco seja *juridicamente desaprovado*.

### 3.2.1. A criação de um risco

O fundamento para o critério da criação de um risco, de acordo com a teoria funcional de Roxin, é de cunho político-criminal, já que para ele o Direito Penal só pode proibir ações perigosas, que ponham em risco os bens jurídicos que tutela. Tal posicionamento teria como alicerce a função do Direito Penal, que para Roxin é exatamente a proteção de bens jurídicos e, portanto, “proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social” (GRECO, 2007, p. 24).

De fato, a “criação de um risco” remete ao princípio constitucional da proporcionalidade, já que toda limitação estatal deve ter um fundamento e ser capaz de alcançar uma finalidade específica.

Ainda, para Roxin tal elementar se relaciona também com a teoria da prevenção geral negativa, que parte do pressuposto que as sanções penais devem ser estabelecidas de modo a desmotivar os cidadãos a praticarem tal ato, a saber: o aspecto negativo da prevenção geral,

---

<sup>29</sup> Contudo, ao contrário do que defende Frisch, Roxin acredita que não é necessária uma teoria autônoma para tratar do desvalor da ação, não obstante sua relevância na teoria da imputação objetiva (GRECO, 2002, p. 20).

que historicamente foi o primeiro a ser reconhecido, consiste na intimidação genérica da coletividade através da ameaça de aplicação de sanções contidas nas normas incriminadoras (RIBEIRO, 2008, p. 25).

O critério utilizado pela doutrina para definição da criação de um risco é, em primeiro lugar, a *prognose póstuma objetiva*. Trata-se de um juízo formulado a partir de uma perspectiva *ex ante*, considerando as informações conhecidas no momento da prática da ação por um “observador objetivo”, prudente, cuidadoso e pertencente ao círculo social do agente (não apenas um homem médio), feita pelo juiz após a prática do ato, para determinar se tal comportamento ensejou a criação de um risco para o bem jurídico ou não. Tal critério é explicado e exemplificado por Luís Greco:

[...] uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico. Utilizemos uma variante do exemplo clássico: um sujeito manda uma criança a uma viagem de avião, na intenção de que o avião caia e a criança morra. Esta ação não gera perigo algum segundo a prognose póstuma objetiva: afinal, um homem prudente não tem, em princípio, por que supor que viajar de avião gere real possibilidade de lesionar o bem jurídico vida. (GRECO, 2007, p. 26).

Deve-se frisar, contudo, que Roxin estabelece a necessidade da inclusão dos *conhecimentos especiais* no âmbito do observador objetivo no critério da prognose póstuma objetiva<sup>30</sup>, devendo a análise ser feita da perspectiva de um homem prudente dotado dos conhecimentos especiais que o agente tinha na ocasião da prática do fato (ROXIN, 2002, p. 317). Isso porque, por mais que a atitude do agente não crie um risco efetivo para o bem jurídico em uma análise objetiva, pode ser que o mesmo detinha de conhecimentos específicos que, por si só, demonstrariam a existência de um risco.

---

<sup>30</sup> Insta mencionar que Jakobs e os adeptos da teoria finalista da ação rechaçam a utilização do elemento dos conhecimentos especiais na análise do tipo, ao contrário do que é colocado por Roxin.

Por exemplo, retomando mais uma vez o clássico exemplo do sobrinho que sugere ao tio que vá passear na floresta com o intuito de que o mesmo seja atingido por um raio, é evidente que nesse caso não há a criação de um risco efetivo, já que o simples fato de passear na floresta não gera nenhuma possibilidade real de lesionar o bem jurídico.

Por outro lado, e desta vez tomando como base o exemplo explicitado por Greco, no caso em que um indivíduo manda uma criança em uma viagem de avião, com o fito de que o avião venha a cair e a criança a falecer, também não há criação de um risco. Contudo, se este indivíduo era amigo de um terrorista e sabia que este colocaria uma bomba no avião em que mandou a criança, por óbvio não se deve isentar este agente de pena, pois tinha conhecimento de um fato relevante específico que fez com que um mero acaso se tornasse em uma probabilidade altíssima de lesionar o bem jurídico, qual seja, a vida da criança.

Dessa forma, no âmbito da criação do risco, será considerada perigosa uma ação que, “aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico” (GRECO, 2007, p. 30).

Ainda dentro da criação do risco, pode-se dizer que inexistirá ação perigosa nos casos em que o risco criado for juridicamente irrelevante, e também quando houver uma diminuição do risco.

Assim, só serão consideradas perigosas as ações que gerarem uma possibilidade de dano que não seja remota, mas sim efetiva e identificável por um homem prudente, e somente tais riscos serão considerados juridicamente relevantes.

Por fim, aquelas ações que, ao invés de prejudicarem o bem jurídico, lhe são benéficas, “por não só não piorarem a situação, mas por a melhorarem de uma perspectiva *ex ante*” (GRECO, 2007, p. 33), não podem ser proibidas pelo Estado:

Apesar de ser causa do resultado, quem pode desviar a pedra que vê voar em direção à cabeça de outrem, sem a tornar inócua, mas fazendo-a atingir uma parte do corpo menos perigosa, não comete lesões corporais. Tampouco as comete o médico que, através de suas medidas, consegue unicamente postergar a morte do paciente. [...] deve-se excluir a imputação do resultado, porque seria irracional proibir ações que não pioram a situação do bem jurídico protegido, mas a melhoram (ROXIN, 2002, p. 314).

Fala-se aqui na ocorrência de uma diminuição de risco<sup>31</sup>.

### 3.2.2. A desaprovação jurídica do risco criado

Ao se afirmar que apenas as ações perigosas podem ser proibidas no momento de avaliação da criação de um risco, não se quer dizer, definitivamente, que todas as ações perigosas serão proibidas. Pelo contrário, o direito não pode vedar a prática de toda e qualquer ação perigosa, sob pena de “engessar” a sociedade, que necessita de desenvolver atividades perigosas para que possa viver e desenvolver tecnologias.

Assim, somente será penalmente relevante e, portanto, reprovável, a criação de um risco que seja desaprovado pelo direito, sendo a desaprovação jurídica do risco criado mais uma elementar que deve ser preenchida para que possamos falar em desvalor da ação.

O fundamento da desaprovação jurídica do risco criado, usualmente baseado em critérios utilitaristas<sup>32</sup>, está na “ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir toda ação perigosa, e o interesse geral de liberdade, que se opõe a tais proibições” (GRECO, 2007, p. 38)<sup>33</sup>:

---

<sup>31</sup> Frise-se que a diminuição do risco não pode ser confundida com a substituição de um risco por outro, que pode ser considerada como estado de necessidade ou consentimento presumido, mas não causa de exclusão da criação do risco.

<sup>32</sup> Veja-se: NOZICK, 2011, p. 36.

<sup>33</sup> Para Luís Greco (2007, p. 43), além da ponderação entre interesse de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade, o “núcleo de liberdade de cada cidadão” também seria fundamento da desaprovação jurídico de um risco criado. Isto garantiria ao

Esta ponderação deverá levar em conta não apenas o valor dos bens jurídicos expostos a perigo, como também a intensidade deste, o interesse social na prática da ação perigosa, a eficiência e idoneidade da medida de cuidado, a existência e custo de alternativas menos arriscadas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade (GRECO, 2007, p. 45).

Identificar quais são os riscos permitidos pelo direito não é uma tarefa fácil<sup>34</sup>. De qualquer forma, foram desenvolvidos determinados parâmetros para se identificarem os riscos que são penalmente desaprovados, dentre os quais os mais relevantes são, de acordo com Greco (2007, p. 47): a existência de normas de cuidado; a violação do princípio da confiança; e o comportamento contrário ao *standard* geral dos homens prudentes.

A violação das normas de cuidado pode ser considerada como um indício<sup>35</sup> relevante de que o risco criado é penalmente relevante:

[...] as normas regulamentares de atividades arriscadas desempenham, aqui, um papel extremamente relevante. Neste aspecto, propõe Roxin sua classificação em dois grupos de casos: as normas regulamentares e as normas profissionais. As primeiras, como normas jurídicas, se estendem a todos, as segundas, somente às pessoas que cumpram atividades específicas.

Em relação às primeiras, pondera que, sendo normas gerais, sua violação indica a criação de um perigo não autorizado, mas tal não significa, por outra parte, que o fundamento. Aquilo que pode ser perigoso no abstrato, pode não o ser no caso concreto. Ao reverso, a realização de uma atividade dentro das recomendações não implica, normalmente, a criação de um perigo não autorizado (TAVARES, 2009, p. 171).

---

indivíduo mais autonomia de utilizar sua liberdade.

<sup>34</sup> “O conceito do risco permitido é utilizado em diversos contextos, existindo total insegurança a respeito de seu significado e posição sistemática” (ROXIN, 1993, p. 323).

<sup>35</sup> Insta mencionar que Jakobs, ao contrário do que propõe Roxin, afirma que sempre que houver uma violação a uma norma de cuidado, falar-se-á em risco juridicamente relevante.

Dessa forma, por mais que haja a violação a uma norma de cuidado, tal fato não implica na conclusão necessária de que foi criado um risco não permitido e, por outro lado, a observância estrita às normas de cuidado não garante que aquele risco é permitido<sup>36</sup>. Mas de qualquer forma, tais normas servem de parâmetro inicial do que pode ser considerado como uma conduta correta e, portanto, possuem direta relevância na determinação de um risco permitido.

Em relação ao princípio da confiança, ele será analisado com minúcias no próximo tópico deste trabalho. Vale lembrar, neste momento, que o princípio da confiança representa, na teoria de Roxin, um critério delimitador do risco permitido.

A figura do homem prudente é também retomada aqui pela doutrina para delimitar a configuração do risco permitido caso os demais critérios sejam insuficientes. Só que a perspectiva do homem prudente e consciencioso é utilizada, neste momento, não para identificar se a ação poderia gerar um risco, mas sim se, mesmo diante da possibilidade de risco o homem prudente praticaria a ação. É esse aspecto que diferencia esta análise daquela feita na prognose póstuma objetiva.

Por fim, pode-se afirmar que haverá a exclusão da desaprovação jurídica de um risco nas situações em que o risco criado for permitido ou apenas contribuir para uma autocolocação da vítima em perigo, bem como quando a ação for socialmente neutra (GRECO, 2007, p. 61).

Deve-se frisar, antes de tudo, que um risco será considerado permitido de acordo com a utilização dos critérios aqui expostos e, portanto, o conceito de risco permitido abrangerá todos os casos em que o risco não é desaprovado pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>36</sup> No mesmo sentido, é o posicionamento, na doutrina pátria, de Juarez Cirino dos Santos, que afirma: “A infringência de uma norma jurídica isolada constitui, em regra, criação de um risco não permitido e, assim, caracteriza lesão do dever de cuidado objetivo, mas, excepcionalmente, pode ser insuficiente para indicar lesão do risco permitido ou do dever de cuidado objetivo – assim como a observância estrita da norma não garante conduta conforme ao cuidado objetivo, ou nos limites do risco permitido, se a observância da regra eleva o perigo de um acidente, por exemplo” (SANTOS, 2002, p. 90).

Uma das hipóteses de exclusão da desaprovação jurídica do risco criado é quando a vítima se coloca na situação de perigo<sup>37</sup>, deixando claro que não haverá risco não permitido quando o agente se limitar a contribuir para que a vítima se coloque em risco.

Também nos casos de “cumplicidade através de ações neutras”, em que um terceiro participa da ação, de alguma forma, só se pode considerar que houve a criação de um risco não permitido quando a recusa em realizar a ação, requerida pelo terceiro, dificulte de alguma forma o cometimento da ação principal por ele. Isso quer dizer que se o terceiro, que é agente do delito, puder conseguir uma mesma contribuição de outra pessoa sem ter que relevar sua intenção delituosa, não haverá um risco proibido.

Insta mencionar, por fim, a hipótese de existência de um curso causal hipotético<sup>38</sup>, ou seja, quando o agente logra êxito em demonstrar que, caso não tivesse praticado a ação, o resultado teria acontecido da mesma forma por um outro processo causal independente. A solução desses casos ainda é controversa. Porém, pode-se dizer que em sua maioria constituirão causa de exclusão da desaprovação jurídica do risco e, portanto, da imputação.

### 3.3. A realização do risco

Além da existência de um desvalor da ação, consistente na criação de um risco não permitido, para que se possa imputar o fato ao

---

<sup>37</sup> O que se percebe, aqui, é a relevância do comportamento da vítima, também, no âmbito da tipicidade, característica inovadora da teoria da imputação objetiva. (GRECO, 2007, p. 62).

<sup>38</sup> “Nos casos de desenvolvimento hipotético da causalidade, admite-se sempre a imputação quando se trata de bens jurídicos de conteúdo não-patrimonial, visto que os comandos contidos nas normas penais se impõem incondicionalmente, mesmo que outros indivíduos, no lugar do autor, estivessem preordenados a transgredi-los ou ainda que o agente substituto pudesse atuar conforme o direito. Quem pode árvore alheia, na certeza de que o proprietário dela tencionava pessoalmente podá-la, comete delito de dano. Outra solução, porém, é alvitrada por boa parte da doutrina todas as vezes que a conduta típica lesiona bens jurídicos meramente patrimoniais. Se alguém mata um animal moribundo ou destrói algo que necessariamente e sem a sua participação seria consumido pelo fogo, não deve ser-lhe imputado o crime de dano” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 69).

agente é necessário que este risco tenha, efetivamente, se realizado, configurando o desvalor do resultado.

O fundamento da necessidade da realização do risco para que se possa haver imputação não é pacífico na doutrina. Para Greco (2007, p. 92), a essencialidade deste elemento baseia-se nos fins do Direito Penal, especificamente na ideia de proteção dos bens jurídicos e prevenção geral negativa, já explicitada:

O Direito Penal tem por finalidade proteger bens jurídicos, finalidade que ele busca alcançar por meio de proibições de ações. Logo, se a ação proibida de fato desemboca numa lesão, o autor terá feito justamente aquilo que o Direito Penal queria impedir, o que justifica um desvalor do resultado adicional ao desvalor da ação. Se a ação proibida que atinge a sua meta, a lesão ao bem jurídico, recebesse tratamento idêntico ao da mera ação proibida, o direito estaria manifestando que ele pune pela mera desobediência (GRECO, 2007, p. 92).

Ressalte-se que, de acordo com Roxin (1997, p. 373), para que haja imputação objetiva é imprescindível que o resultado seja a realização do risco que o autor criou, em um primeiro momento. Neste prisma, pode-se dizer que só será “legítima a imputação de um resultado que, derivado de um desdobramento causal deflagrado pelo autor, manifeste a realização in concreto do risco criado por este” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 70).

Dessa forma, haverá a exclusão da imputação quando, por mais que o autor tenha gerado determinado risco ao bem jurídico, o resultado ocorrido não é consequência deste risco, e sim fruto do acaso.

A título de exemplo, na situação em que uma vítima de tentativa de homicídio vem a falecer em decorrência de um incêndio no hospital para o qual foi levada, e não dos tiros que levou do agente, não se pode imputar a este o resultado. Isto porque, por mais que o agente tenha criado um risco para a vida da vítima, esse risco não se concretizou, ou seja, não foi a causa direta da morte, sendo certo que o que foi cometido foi uma tentativa de homicídio e não um

homicídio consumado. O fato é que disparar um tiro de arma de fogo em direção à vítima não aumenta o risco dessa vítima falecer em decorrência de um incêndio no hospital. Neste caso, haverá a exclusão da imputação por ausência de realização do perigo.

Por outro lado, é certo que, caso a ação de tentativa aumentasse de modo juridicamente relevante o risco do curso causal seguinte, o resultado seria uma realização do risco criado pela tentativa e, portanto, imputável ao agente. Por exemplo, se o agente visasse matar a vítima a golpes de machado, e esta viesse a falecer não em decorrência dos golpes, mas das infecções oriundas das feridas, ao agente deve ser imputado o resultado. Roxin aponta que “as singularidades do curso causal não precisam sequer ser reconhecíveis pelo autor, desde que ele saiba que o risco por ele criado pode levar à morte” (ROXIN, 2002, p. 330).

É necessário, ainda, que o resultado seja a realização concreta do risco não permitido para que se possa falar em imputação do tipo objetivo, ou seja, o resultado tem que estar conectado com o motivo da não permissão deste risco.

Por exemplo, insta mencionar o caso de um motorista que venha a infringir uma norma de cuidado e exceda a velocidade máxima permitida pela lei de trânsito por um tempo, mas venha a dirigir de acordo com as normas logo depois (ROXIN, 2002, p. 333). Se este motorista atropelar um indivíduo que se joga subitamente na frente do carro, é certo que o resultado para ele é objetivamente inevitável.

Se o motorista não tivesse excedido a velocidade em um primeiro momento, não teria chegado ao local dos fatos na hora em que o indivíduo passou pela via, e nada teria ocorrido. Contudo, o risco da violação ao limite de velocidade não se concretizou no resultado, até porque dirigir em alta velocidade não aumenta o risco de provocar um acidente em um momento posterior no qual o motorista dirige corretamente:

A proibição de que se ultrapasse uma certa velocidade não quer impedir que carros passem em determinado instante em deter-

minado lugar. O risco proibido só levou ao acidente por casualidade, ficando assim excluída a imputação do resultado. (ROXIN, 2002, p. 334).

Ainda de acordo com Roxin, quando a violação ao risco permitido é, de alguma forma, relevante para a causação do resultado, que, contudo, é incomum e inesperado, como regra geral o resultado não poderá ser considerado como realização do risco permitido, como, por exemplo, quando alguém “morre de um ataque cardíaco, porque outra pessoa o ultrapassa erroneamente” (ROXIN, 2002, p. 334).

Deve-se frisar que haverá a exclusão da imputação relativamente a resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado, já que “se o resultado não é daqueles que a norma de cuidado se destina a evitar, a sua produção não deve ser atribuída ao agente, ainda que este tenha efetivamente transgredido um preceito regulamentar” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 71).

No âmbito da realização do risco, Roxin analisa, também, os casos em que se possa relacionar um possível comportamento alternativo conforme ao direito e a teoria do aumento do risco, sendo certo que haverá a exclusão da imputação caso o agente logre demonstrar que caso tivesse agido conforme os ditames legais – e, portanto, não transgredido a norma de cuidado –, o resultado teria acontecido, com certeza, da mesma forma. Para exemplificar, utiliza-se do exemplo do atropelamento do ciclista bêbado por um caminhão:

[...] O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (ROXIN, 2002, p. 338).

Segundo Roxin, em sua teoria do aumento do risco, não seria necessário que o possível comportamento alternativo conforme o direito evitasse o resultado, mas “apenas que ele o tornasse menos provável” (GRECO, 2007, p. 128). Tal posicionamento, contudo, não é pacífico, sendo que a jurisprudência alemã e a doutrina majoritária baseiam-se na teoria da inevitabilidade<sup>39</sup>. O ponto de congruência entre essas teorias é que

[...] ambas excluem a punibilidade se estiver seguro que o comportamento correto não melhoraria de maneira alguma a situação do bem jurídico, ou seja, punem menos que a doutrina tradicional. (GRECO, 2007, p. 134).

### 3.4. Alcance do tipo

Além de serem exigidas a criação e a concretização de um risco não permitido para que possa se falar em imputação do tipo objetivo, Roxin introduz em sua teoria mais um elemento de imputação, e nisso difere dos demais expoentes da teoria da imputação objetiva. De fato, o alcance do tipo representa um terceiro nível de imputação, o que é, de acordo com Greco, a “principal peculiaridade do sistema de ROXIN em face da doutrina dominante” (GRECO, 2002, p. 116).

Portanto, segundo Roxin (2002, p. 354) é necessário que o alcance do tipo, ou seja, o fim de proteção da norma inscrita no tipo, compreenda resultados da espécie do ocorrido e, de fato, vise impedir acontecimentos de tal monta.

Tal elementar teria maior relevância na análise dos delitos culposos. Contudo, seria aplicável também em três grupos de casos de delitos dolosos, quais sejam, a contribuição a uma autocolocação dolosa em perigo; a heterocolocação em perigo consentida; e, por fim, a imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio (ROXIN, 2002, p. 353). No âmbito dos delitos culposos, Roxin analisa também os casos de resultados tardios, bem como os decorrentes de choques.

---

<sup>39</sup> Há, também, posicionamentos intermediários, como os de Jakobs e Kaufmann. Sobre a nota, vide: GRECO, 2007, p. 130.

No primeiro grupo de casos, pode-se afirmar que não será imputável ao agente um resultado caso ele induza, colabore ou auxilie um terceiro que quer realizar uma ação perigosa e tem consciência disso. Neste caso, considerando que o induzimento ao suicídio não é punível na Alemanha, contexto em que Roxin desenvolve a teoria:

Se A fornece a B cocaína para consumo próprio e B morre em razão da ingestão da droga, o resultado morte não é imputável a A, visto que, não sendo o induzimento ao suicídio punível naquele direito, com maior razão não será também a simples participação em uma autoexposição ao perigo. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 73).

Nos casos em que a própria vítima se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência deste risco, também haveria a exclusão da imputação. Roxin apresenta como exemplo um caso ocorrido na Alemanha, em que não haveria imputação objetiva diante da ausência de alcance do tipo:

Apesar da tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a que se proceda a travessia, apontando para os perigos nela envolvidos. O freguês insiste, o condutor acaba correndo o risco, o barco afunda e o freguês afoga-se. (ROXIN, 2002, p. 367).

O alcance do tipo, segundo Roxin, também não abrangerá os resultados “cuja evitação cai no âmbito de responsabilidade de outra pessoa” (2002, p. 375). Trata-se de casos em que, à época da ocorrência do resultado, o dever de evitação deste não mais cabia à pessoa que criou o risco em um primeiro momento, mas havia sido transferido para o âmbito de responsabilidade de um terceiro. Também a título de exemplo, pode-se mencionar o seguinte caso:

Imaginemos que um caminhão de carga trafega sem luzes indicadoras do perigo, vindo a ser parado pela polícia rodoviária, que *in continenti* adverte o motorista, aplicando-lhe uma multa. Durante o tempo requerido para essas providências, um dos policiais houve por bem colocar uma lanterna na calçada, com

vistas a prevenir acidentes, enquanto os demais determinavam ao motorista que se dirigisse a uma estação de serviço mais próxima, no que seria seguido pela viatura policial para assegurar a visibilidade do caminhão. Ato contínuo, um dos policiais retira a lanterna da calçada e, antes que partissem, um outro carro veio a chocar-se com a traseira do caminhão, provocando a morte de seu condutor. Este caso foi julgado por um tribunal alemão que condenou o motorista do caminhão por homicídio culposo, quando seria mais correto, segundo o critério apontado, ter condenado o policial, visto ser-lhe razoavelmente evitável a produção do resultado. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 75).

Já no que tange aos delitos culposos, não há que se falar em imputação objetiva nos casos de resultados danosos decorrentes de uma situação de choque, já que tais resultados extrapolam o âmbito de proteção do tipo penal. De fato, se um motorista A, ao fazer uma ultrapassagem perigosa, assusta o motorista B, que conduz o carro que se pretende ultrapassar, e este vem a falecer em decorrência deste trauma psicogênico, não se pode imputar ao motorista A o resultado morte do motorista B.

Por fim, haverá exclusão da imputação, segundo Roxin, e também no âmbito dos delitos culposos, nos casos em que o resultado é produzido em um momento demasiadamente posterior ao da prática da ação pelo agente, já que impedir resultados tardios não é o objetivo de proteção do tipo penal. Assim, se A provoca lesões corporais em B, o qual vem a falecer anos depois em decorrência de complicações da lesão corporal provocada em um primeiro momento, não faz sentido imputar A pela prática de um homicídio, já que o fato praticado por ele já havia se consumado anteriormente e produzido um resultado próprio, que é a lesão corporal.

#### **4. O princípio da confiança**

No contexto social em que vivemos, pautado nas interações constantes entre os indivíduos de uma sociedade, é certo que o risco que pode ser criado em decorrência da prática de determinadas condutas dependerá não só da pessoa que realiza a conduta

perigosa, mas também do comportamento das pessoas que estão a sua volta<sup>40</sup>.

Neste prisma, foi desenvolvido pela jurisprudência alemã o *princípio da confiança*, que começou a ser utilizado como limitador do dever concreto de cuidado nas relações de trânsito. O aumento progressivo do tráfego motorizado e o número crescente de casos em que o resultado lesivo condicionava-se à atuação incorreta de terceiros levou os tribunais alemães a utilizarem este critério para reconhecer a possibilidade de um motorista confiar, como regra geral, que os demais condutores de veículos também seguirão as regras de trânsito, limitando assim o alcance excessivo do critério da previsibilidade<sup>41</sup>.

Com o tempo, o princípio da confiança deixou de se vincular às particularidades desse contexto específico de atuação para se aplicar a outras situações que envolvessem a intervenção de terceiros na produção de um resultado lesivo.

Assim, sua aplicação passou a se estender para outros setores pautados pela atuação dos indivíduos em conjunto, como atividades comunitárias ou de divisão de trabalho, partindo da premissa de que:

Ninguém, ao agir, precisa preocupar-se com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável. (GRECO, 2007, p. 53).

---

<sup>40</sup> “Em determinados âmbitos sociais, o perigo ou a lesividade de certas condutas assumidas pelo ordenamento jurídico depende não só da pessoa que as realiza, senão também do comportamento de outras pessoas. Por exemplo, o perigo derivado de conduzir um automóvel não depende só de como o motorista dirija, senão, de como se comportem os outros participantes no tráfico viário.” (CALLEGARI, 2004, p. 169).

<sup>41</sup> Antes da adoção deste posicionamento, dominava o “princípio da desconfiança”, segundo o qual se devia contar sempre com as condutas incorretas e irresponsáveis dos demais participantes do tráfego, em consonância com o princípio da direção defensiva. Logo, a conduta incorreta de terceiros seria previsível para um motorista prudente. “El principio de confianza, después do que el RG hubiera antepuesto aún em reiteradas ocasiones el ‘principio de desconfianza’ sobre todo frente a los peatones, há sido desarrollado por la jurisprud. adaptándolo a las exigencias de la circulación moderna.” (ROXIN, 1997, p. 1004).

Deve-se frisar, preliminarmente, que o princípio da confiança subordina-se ao *princípio geral da autorresponsabilidade*, que regula as expectativas de conduta em um Estado Democrático de Direito:

Tendo em vista o pluralismo de ideias, convicções e decisões acerca do agir, garantidas ao indivíduo como desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana, a intervenção do poder punitivo, a *contrario sensu*, só se pode legitimar na medida em que leve em consideração a separação das atividades de cada um sob a esfera de manifestação do próprio poder individual de autodeterminação [...] cada pessoa é responsável apenas por sua conduta e não pela conduta dos demais, salvo quando se situe na posição de garantidor do bem jurídico [...]. (TAVARES, 2009, p. 370).

Analisaremos, então, as especificidades do princípio da confiança e sua aplicação no Direito Penal.

#### 4.1. Definição

Na doutrina pátria, encontramos diferentes definições para o princípio da confiança.

De acordo com Tavares (2009, p. 313), este princípio parte da premissa de que “todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente”.

Callegari, por sua vez, atribui ao princípio da confiança a lógica de que:

Apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido em confiar). (CALLEGARI, 2004, p. 169).

O dever de cuidado é limitado, para Costa Júnior (1988, p. 61), pelo princípio da confiança, segundo o qual “podemos confiar em que os demais atores terão condutas também corretas, na atividade

que exercem, enquanto condições especiais não demonstrem o contrário”.

É bastante elucidadora, também, a explicação de Albuquerque acerca do princípio da confiança:

[...] se faz impossível uma sociedade onde inexistam expectativas previsíveis, isto é, na qual não se faça presente, ainda que de forma rudimentar, [...], uma certa confiança em que a generalidade dos indivíduos irá agir de forma previsível em função tanto do *status social* de cada um, como das normas pelas quais pautam suas condutas. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 119).

Por fim, insta mencionar a definição de Santos (2002, p. 93) para o princípio, qual seja, “a expectativa, por quem se conduz nos limites do risco permitido, de comportamentos alheios adequados ao cuidado objetivo”.

Vê-se que o princípio da confiança constitui exceção à regra da previsibilidade, estabelecendo que, em determinados casos na convivência em sociedade, podemos esperar que os terceiros comportem-se de acordo com as normas, não havendo necessidade de atentar-se a todo momento para falhas em suas atitudes. Tal premissa fundamenta-se na necessidade de garantir a fluência da prática de atividades em conjunto na sociedade, que seriam por demasiado embaraçadas caso os indivíduos não pudessem contar com a execução correta do trabalho do outro.

#### 4.2. Posição funcionalista do princípio da confiança

O princípio da confiança é trabalhado na teoria da imputação objetiva pela maioria dos doutrinadores funcionalistas como critério limitador da imputação. Entretanto, as diferentes vertentes da teoria divergem em diversos aspectos, principalmente no que tange aos seus pressupostos, fundamentos e âmbito de aplicação.

Na teoria da imputação objetiva de Roxin (1997, p. 1004), o princípio da confiança é inserido no primeiro nível de imputação, sendo concebido como critério *limitador do risco permitido*<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> No mesmo sentido: BIDASOLO, 2005.

Roxin trabalha o princípio da confiança somente no âmbito dos delitos culposos, e não em uma abordagem geral acerca da imputação objetiva, constituindo-o como a negação de um incremento de perigo inadmissível, que se subordina à análise do risco permitido. De fato, o autor analisa três situações em que o princípio pode ser aplicado: o tráfego viário, a cooperação na divisão do trabalho e os delitos dolosos de terceiros. Contudo, ele não elucida se o princípio se limita a resolver esses casos determinados ou se poderá ser aplicado a outras situações na teoria da imputação objetiva<sup>43</sup>.

Jakobs (2009, p. 302; 2010, p. 26), por sua vez, desenvolve outra abordagem da teoria da imputação objetiva, visando separar as subjetividades dos aspectos objetivos da conduta, que somente será considerada objetivamente delituosa através da identificação de âmbitos de responsabilidade dentro da teoria do delito.

Jakobs trabalha com dois níveis de imputação: a imputação objetiva do comportamento e a imputação objetiva do resultado. No primeiro nível da imputação objetiva, o autor constata que a relevância jurídica da relação causal entre ação e resultado é necessária para completar a causalidade, entendida como o mínimo da imputação objetiva do resultado. Segundo ele, tal relevância pode ser identificada através de quatro instituições dogmáticas, quais sejam, o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência (capacidade) da vítima.

Pode-se perceber que Jakobs enxerga no princípio da confiança um *critério geral de exclusão de imputação*<sup>44</sup>, trabalhando-o como elemento autônomo dos demais, emancipado inclusive do risco permitido, o que possibilita a sua aplicação a todos os tipos de delito<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Tal problemática é apontada, inclusive, pelo próprio Roxin, que afirma “[...] aún está poco claro hasta qué punto puede extenderse el principio de confianza a outros âmbitos o sectores de la vida” (ROXIN, 1997, p. 1005).

<sup>44</sup> “Igualmente ao que ocorre com o risco permitido, também o princípio da confiança se manifesta em todos os âmbitos vitais, posto que praticamente em todas as partes cabe encontrar organizações em regime de divisão de tarefas” (JAKOBS, 2010, p. 27).

<sup>45</sup> Paz Aguado (1998, p. 186) refuta a concepção do princípio da confiança como critério geral de imputação, afirmando que este posicionamento não é bem aceito.

Por outro lado, deve-se mencionar também a doutrina de Wolfgang Frisch (2004, p. 207), que *rejeita a ideia* do princípio da confiança, questionando seu caráter independente. O autor afirma que o princípio não contribui sozinho para determinar a responsabilidade de um sujeito e constitui apenas uma expressão, do ponto de vista psicológico, de uma delimitação já estabelecida conforme critérios gerais de valoração, vindo a caracterizá-lo como uma “*paráfrasis psicologizante*”.

Além dos posicionamentos mencionados, o princípio da confiança é interpretado de maneiras diversas por outros autores. Puppe (2001) enxerga o princípio da confiança não como regra, mas como exceção. Escamilla, por sua vez, subordina o princípio da confiança ao fim de proteção da norma de cuidado (GÓMEZ, 2009, p. 166).

Como se pode perceber, a abordagem em relação ao princípio da confiança é divergente na doutrina funcionalista. Se Roxin o coloca em uma posição vinculada ao critério do risco permitido, limitando o âmbito de sua aplicação, Jakobs o concebe como um critério geral de exclusão da imputação, passível de aplicação a todos os delitos, e Frisch questiona a sua real aplicabilidade.

#### 4.3. Restrições ao princípio da confiança

Insta frisar que mesmo no âmbito das atividades em conjunto, o princípio da confiança não pode ser considerado como critério absoluto. Ele possui exceções e restrições estabelecidas pela doutrina, já que

sua imperatividade cessa justamente ali onde começa a zona de incidência normativa de outros postulados gerais que integram, ainda que implicitamente, o ordenamento jurídico. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 167).

De acordo com Roxin, o princípio da confiança “no es aplicable cuando la confianza em el comportamiento debido de otros em la circulación está manifestamente injustificada” (1997, p. 1005).

Assim, em primeiro lugar, não se pode confiar em alguém que evidentemente não é digno de confiança, como uma criança, um ébrio ou um doente mental, em face da sua incapacidade de autodeterminar-se diante de situações específicas, gerando incerteza e imprevisibilidade de suas condutas. Assim, por exemplo, no âmbito das relações de trânsito, exige-se um cuidado maior do motorista que verifica a existência de crianças brincando na rua, já que o mesmo não pode confiar que todas elas atuarão nos conformes das normas de cuidado.

Ainda, não se pode confiar em um terceiro caso haja indícios concretos de que o mesmo não será fiel às expectativas gerais normativas, ou seja, que irá praticar uma conduta em desacordo com o direito por exprimir uma conduta incompatível com o cumprimento dos seus deveres. Assim, por exemplo, “cuando un conductor se da cuenta de que outro no observa la prioridad de paso, debe parar y no puede pasar confiando em su ‘derecho’” (ROXIN, 1997, p. 1005).

Se um comportamento antijurídico é tão esperado e comum na sociedade, de tal modo que não se possa mais contar com a observância da norma jurídica naquela circunstância, não há motivos para confiar. Não se pode, por exemplo, confiar que nenhum motorista irá ultrapassar o sinal vermelho de madrugada em um local perigoso. Assim, restringe-se a aplicação do princípio da confiança quando as infrações àquela norma são tão frequentes que um condutor consciente tem que contar razoavelmente com elas (ROXIN, 1997, p. 1005).

Por fim, pessoas que são dotadas de deveres especiais de cuidado, mais precisamente na vigilância e controle de outras, não podem eximir-se de suas obrigações com fundamento no princípio da confiança. Assim, um médico que tem sob sua supervisão um residente não pode confiar que este atue e realize todos os procedimentos como um especialista, assim como um advogado não pode confiar nos atos realizados pelo estagiário, devendo conferi-los, e o professor da autoescola não pode confiar que seu aluno dirigirá corretamente.

Roxin refuta a limitação do princípio da confiança àqueles que atuam de acordo com as normas, afirmando que o mesmo poderá ser suscitado por quem se comportou, também, de modo contrário ao direito, violando um dever de cuidado<sup>46</sup>.

É claro que não se podem praticar ações que criem riscos desaprovados, na confiança de que terceiros pratiquem ações “compensatórias” para impedir um resultado danoso. Contudo, a violação a um dever de cuidado não induz, por si só, o afastamento do princípio da confiança, fazendo-se mister a análise dos demais elementos do caso concreto para identificar se há ou não um risco permitido, a saber:

Por tanto, quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando outro no respeta su prioridad de paso y *el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio*. El “castigo” del conductor alcoholizado con la perdida del derecho a la protección de la confianza supondría la sanción inadmisibile de un *versari in re illicita*. En cambio, quien há puesto em peligro com su conducta incorrecta a otros intervinientes en la circulación y há contribuído de este modo a un accidente no puede en efecto invocar el principio de confianza; [...] (ROXIN, 1997, p. 1005).

Dessa forma, não basta que uma pessoa viole uma norma de cuidado para que lhe possa imputar qualquer consequência ocorrida, presumindo que esta esteja causalmente vinculada à conduta. Ao contrário, se o resultado não estiver relacionado à infração da norma de conduta, vinculando-se somente à conduta defeituosa do terceiro, poder-se-á suscitar o princípio da confiança para eximir a responsabilidade penal daquele que confia e imputando o resultado somente ao terceiro.

Pode haver casos, inclusive, em que o princípio da confiança estará atrelado ao fim de proteção da norma, para impedir a imputação de

---

<sup>46</sup> No mesmo sentido que Roxin, está Jakobs (2009, p. 305) e D’ávila (2001, p. 52).

resultados nos casos em que o autor realmente agiu em desacordo com a norma de cuidado. Isso ocorrerá, por exemplo, na situação em que o motorista conduz seu veículo em velocidade acima da permitida e um transeunte resolve se jogar na frente do carro, em ato de suicídio. Nesse caso, a norma que estipula o limite de velocidade não tem como fundamento evitar suicídios; portanto, o fato não poderá ser atribuído ao motorista.

Enfim, não se pode admitir a retomada do *versari in re illicita*, sistema segundo o qual um agente responderá por todas as consequências danosas derivadas de uma ação contrária ao dever de cautela, devendo-se analisar as peculiaridades do caso concreto para se identificar a possibilidade de aplicação do princípio da confiança.

#### **4.4. Aplicações práticas do princípio da confiança**

Por mais que Roxin afirme, como já explicitado, que não está claro até que ponto se pode estender a aplicação do princípio da confiança para outros setores da vida além dos delitos de trânsito, o autor menciona também a possibilidade de sua aplicação em casos de cooperação com divisão de trabalhos e em relação a delitos dolosos de terceiros.

##### **4.4.1. Relações de trânsito**

O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência alemã para resolver os casos de tráfego automotivo, sendo certa a sua aplicação às relações de trânsito no âmbito da teoria da imputação objetiva. Dessa forma, por mais que haja certa previsibilidade de que terceiros tendam a violar os deveres inerentes ao trânsito, o motorista pode confiar no comportamento correto dos demais e, portanto, não necessita tomar medidas especiais de modo a evitar resultados danosos resultantes da conduta indevida dos outros.

Isso se dá diante da necessidade de fluidez e rapidez do tráfego, que restaria por demasiado paralisado caso todos os motoristas fossem obrigados a dirigir com “excesso” de cuidado. Aqui, o princípio da confiança é utilizado para possibilitar os denominados “contatos anônimos” na sociedade.

Por exemplo, o motorista A, conduzindo seu veículo, atravessa o semáforo verde e não toma precauções para o caso de algum terceiro ultrapassar o semáforo vermelho na via transversal; se, porventura, o motorista B atue dessa forma e colida com A, causando um acidente que resulta na morte de B, não se pode, aplicando o princípio da confiança, imputar a A o resultado ‘morte de B’, pois não é possível exigir que A dirija continuamente esperando que o resto dos participantes do trânsito violarão normas de cuidado. A morte de B decorreu somente de sua ação.

#### **4.4.2. Trabalho em equipe**

Não obstante a aplicação do princípio da confiança tenha se iniciado nas relações de trânsito, em pouco tempo percebeu-se a possibilidade de sua extensão para outras circunstâncias da vida, notando-se sua relevância na solução de casos envolvendo cooperação na divisão do trabalho.

Com a evolução da sociedade, tornou-se cada vez mais importante a otimização das atividades através da sua prática em conjunto, ou seja, da divisão das tarefas entre os indivíduos para agilizá-las e torná-las mais especializadas. Notou-se, pois, que seria muito difícil realizar uma tarefa em grupo com exatidão se não se pudesse confiar na execução correta do trabalho dos demais, sendo inoperável uma tarefa em equipe na qual se exigisse a constante vigilância e controle da conduta dos demais participantes.

Assim, partindo do princípio da confiança, pode-se dizer que os indivíduos que atuam em trabalho em equipe podem confiar que todos cumprirão suas respectivas funções e realizarão sua tarefa de acordo com as normas de cuidado; isso implica dizer, portanto, que “não infringe o risco permitido quem não toma medidas de precaução especiais para o caso em que outro viole os deveres próprios de seu status” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 153).

Nos casos envolvendo a atuação médica, pode-se enxergar a utilidade do princípio da confiança para limitar o âmbito da responsabilidade em situações envolvendo trabalho em equipe:

Como es sabido, hace mucho tiempo que la actividad médica ha dejado de ser una actividad marcada por la relación directa y exclusiva entre el médico y el paciente. Incluso en los tratamientos más sencillos, lo normal es que el médico se sirva de la ayuda de una tercera persona, ya sea otro médico, un farmacéutico, un enfermero o cualquier outro tipo de personal auxiliar. El desarrollo técnico y científico experimentado por la medicina, así como el alto grado de especialización que este desarrollo lleva unido, ha hecho necesario un *reparto de tareas* o una *división del trabajo*. Actualmente, la actividad médica es realizada por una pluralidad de personas que actúan conjuntamente de manera sucesiva o simultánea; se caracteriza, en definitiva, por ser un *trabajo en equipo* (GÓMEZ, 2009, p. 97).

Assim, o médico que atua com sua equipe em um procedimento clínico pode confiar que os demais cumpram cabalmente suas funções e *prima facie* não se responsabilizaria por resultados danosos decorrentes da atuação imprópria de um de seus colegas.

A título de exemplo, um médico que efetua determinado procedimento com um material não esterilizado, por erro do responsável pelos instrumentos, não responde por eventual resultado danoso, pois ele pode confiar que tal tarefa deve ser realizada corretamente pelo respectivo encarregado, que é treinado para isso.

Contudo, um médico que coordena um procedimento não pode se eximir da responsabilidade de todo e qualquer resultado danoso que envolva erro de seus colegas de trabalho, pois poderá ter parcela de responsabilidade caso haja defeito de comunicação ou coordenação da sua equipe. Por outro lado, é correto afirmar que, como regra geral, um membro da equipe médica que esteja subordinado ao outro poderá confiar nas instruções daquele que coordena o procedimento.

Dessa forma, infere-se que o âmbito de responsabilidade médica deve estar devidamente delimitado para que se possa aplicar o princípio da confiança, que incidirá somente nos casos em que não há nenhuma norma determinando a cautela especial do médico.

A aplicação do princípio da confiança no âmbito dos trabalhos em equipe não se limita à atuação médica, estendendo-se a outras situações em que se possa identificar divisão horizontal ou mesmo vertical de trabalho.

Na divisão horizontal do trabalho, o princípio da confiança é importante para garantir que cada especialista se ocupe da sua especialização e não precise dispensar esforços para controlar as atividades do colega. Isso concretizará a operacionalização do trabalho, que será realizado com maior efetividade, segurança e qualidade, nos ditames de uma sociedade contemporânea.

Já nos casos de divisão vertical do trabalho, em que haja relações de hierarquia, o indivíduo ocupante do cargo superior pode confiar que seu subalterno irá realizar as atividades de acordo com o demandado, e o subordinado, da mesma forma, pode confiar que as instruções dadas foram acertadas. Frise-se que quanto menor a experiência do indivíduo de hierarquia inferior, maior o cuidado que deve ser tomado pelo ocupante do cargo superior na supervisão das atividades realizadas.

#### **4.4.3. Comportamento doloso de terceiros**

A imposição de se evitar constantemente a facilitação de situações propícias ao cometimento de delitos dolosos dificultaria por demasiado a convivência em sociedade. A venda de objetos inflamáveis, cortantes ou explosivos, por exemplo, que são comumente empregados em atividades regulares da vida social, estaria inviabilizada se tivéssemos que contar sempre com a possibilidade de serem utilizados pelos compradores ou receptores para cometer delitos.

Ao analisar o problema, Roxin refuta o critério da proibição de regresso<sup>47</sup>, segundo o qual a cooperação não intencional em delitos dolosos restaria impune. Para ele, tal premissa não pode ser absoluta, pois quando um indivíduo facilita de maneira evidente

---

<sup>47</sup> Tal critério é utilizado por Jakobs (2010, p. 27), dentre outros autores.

que um terceiro cometa um delito doloso, criando um “perigo intolerável”, por mais que não haja dolo, não há razão para afastar a imputação culposa, ao lado do delito doloso do terceiro.

Para Roxin, a solução do problema da cooperação em delitos dolosos de terceiros está no princípio da confiança, já que, como regra geral, “se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos” (ROXIN, 1997, p. 1006). Contudo, há um limite à sua aplicabilidade nestes casos: o critério do “fomento ou favorecimento da perceptível inclinação para o feito delitivo”.

O autor rejeita esse critério, pois a decisão concreta de um indivíduo de praticar um delito raras vezes é identificável em seu exterior. Roxin critica também o posicionamento de Jakobs (2010, p. 29), segundo o qual só haveria imputação quando a ação do terceiro, em seu sentido objetivo, somente pudesse estar dirigida à prática de um delito, já que, por exemplo, mesmo um veneno ou um revólver podem ser utilizados para fins não puníveis, o que torna frágil o critério por ele elaborado<sup>48</sup>.

Assim, como regra, aplica-se o princípio da confiança. Contudo, sua aplicação será afastada quando a propensão de um potencial autor doloso para a prática do delito é perceptível pelo sujeito que coopera. Por exemplo, um policial ou um caçador que deixasse sua arma de fogo à vista teria que responder como “autor imprudente” pelo delito doloso praticado por outrem com sua arma, apenas se pudesse perceber, de antemão, a propensão delitiva do terceiro (ROXIN, 1997, p. 1008). Assim, os casos de custódia descuidada de objetos que um terceiro utiliza para a prática de um delito doloso poderiam ser solucionados por este critério.

---

<sup>48</sup> Roxin analisa, ainda, outras formulações, como a de Rudolph, segundo a qual “*una cooperación no dolosa puede ser imputada a la imprudencia cuando existian indicios concretos de la comisión de un delito doloso*”, bem como a de Stratenwerth, que estabelece que a exclusão da imputação nesses casos “*cuando la conducta delictiva del outro es tan evidente que sería insensato no contar con ella*” (ROXIN, 1997, p. 1008). Para ele, tais posicionamentos são tendencialmente corretos, porém demasiadamente abstratos.

## 5. Conclusão

A teoria da imputação objetiva, analisada sob a perspectiva do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, é louvável em seu propósito e consegue atribuir uma maior coerência e sistematicidade ao sistema penal, coadunando o conceito de tipo com a sociedade complexa em que vivemos. Assim, o propósito funcional confere uma base mais realista à norma penal.

A delimitação correta da tipicidade, elementar do conceito analítico de delito, é essencial para a limitação do *jus puniendi* do Estado e, portanto, possui função democrática. Pode-se dizer que a

[...] teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito. (TAVARES, 2003, p. 279).

O embasamento da teoria no princípio do risco, bem como sua concretização através da análise de grupos de casos, se mostra uma tendência atual e propensa a uma resposta mais justa e uniforme do Estado.

Insta ressaltar, contudo, a ponderação de Wolfgang Frisch que, preocupado com o atual crescimento desordenado da teoria através da proposição de um número cada vez maior de critérios a serem utilizados, afirma que a teoria da imputação objetiva corre o risco de se tornar uma “heterógena supercategoria dogmática de cuestiones no resueltas del tipo” (FRISCH, 2004, p. 22). Assim, deve-se, ao máximo, tentar limitar a expansão desnecessária da quantidade de grupos de casos, até porque muitas vezes criam-se critérios para solucionar questões que poderiam ser facilmente resolvidas pelos critérios já existentes.

Em se tratando do princípio da confiança, Roxin o insere em sua teoria da imputação objetiva como critério delimitador do risco permitido, dentro do estudo da desaprovação jurídica de um risco criado.

Não há dúvidas de que a sociedade contemporânea é pautada pelas interações constantes entre seus indivíduos e, dentro do estudo do risco, não se pode ignorar o comportamento de outras pessoas que, além do próprio agente, contribuem para o resultado típico.

Assim, o princípio da confiança tem papel fundamental na compreensão da autorresponsabilidade dos sujeitos com os quais interagimos diariamente, sendo crível, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a limitação da imputação nos casos em que terceiros não se comportam de acordo com o que a sociedade pode deles esperar, acabando por contribuir para a criação ou concretização de um risco.

## 6. Referências

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires: B de F, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 463-482, jan. 2005.

CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Confiança no Direito Penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 78, maio 1999.

COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

D' AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GÓMEZ, Mario Maraver. *El principio de confianza en derecho penal: um estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Madrid: Civitas, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à obra. In: ROXIN, Claus: *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol. I (Tomo II).

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Eugênio Pacelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/A\\_teor%C3%ADa\\_da\\_imputacao\\_objetiva.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/A_teor%C3%ADa_da_imputacao_objetiva.pdf)>. Acesso em: 8 maio 2012.

ESCAMILLA, Margarita Martinez. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudência de los altos tribunales*. Trad. Percy García Caverro. Granada, 2001.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. (Tomo I).

\_\_\_\_\_. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal: tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3. ed. München, Beck, 1997. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

SANCINETTI, Marcelo A; MELIÁ, Manuel Cancio; FERRANTE, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed., integralmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal*. Trad y notas. José Cerezo Mir. Montevideo. Buenos Aires: Ibedf, Julio César Faria Editor, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Artigo recebido em: 28/02/2013.

Artigo aprovado em: 13/01/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140019

**A LEGALIDADE DO SISTEMA DE COTAS NAS  
UNIVERSIDADES BRASILEIRAS**

**THE LEGALITY OF SHARE SYSTEM IN BRAZILIAN  
UNIVERSITIES**

**ADRIANO PEREIRA SILVA**

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

apsilva@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O sistema de cotas nas universidades tem sido implantado por algumas instituições de ensino superior de nosso país, sob o argumento de que visa ele reconhecer e corrigir situações de direitos negados socialmente ao longo da história a determinadas classes. Contudo, inexistente em nosso ordenamento jurídico uma norma geral editada pela União que uniformize essa modalidade de política afirmativa, havendo somente determinadas leis estaduais que versam sobre a matéria. Discute-se a possibilidade de os Estados-membros editarem tais normas, bem assim a constitucionalidade delas, tema esse que tem gerado grandes polêmicas que envolvem os mais diversos segmentos da sociedade. Importante, assim, perfazer uma análise acerca da legalidade desse sistema de cotas nas universidades, sem, contudo, adentrar no mérito a respeito dos acertos quanto às posições favoráveis ou contrárias a essa política de reserva de vagas nas instituições de ensino superior.

**PALAVRAS-CHAVE:** cotas; universidades; legalidade; isonomia; constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The share system in the universities has been established by some teaching university institutions in our country, stating that it aims to recognize and correct situations of rights denied socially through history to some specific classes. So in our juridic order there isn't a general rule edited by the Union that standardize it into one of this kind of affirmative politic, with only some state laws that refer to this issue. The possibility of the Member State edit this rules and its constitutionality, has generated big discussions that involves the different parts of society. It is important to analyse if this share system for university is legal or not, without entering in the merit about the positions that are in favor or against this politics of vacancy in the universities.

**KEY WORDS:** share; universities; legality; equality; constitutionality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Políticas públicas de ações afirmativas. 3. As cotas nas universidades. 4. Fundamentos jurídicos do sistema de cotas nas universidades. 5. Algumas legislações existentes sobre o sistema de cotas. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. Introdução

Entre as diversas modalidades de ações afirmativas existentes, a política de cotas nas universidades desponta como uma das que tem gerado mais polêmicas e ríspidas discussões, apresentando-se como um tema verdadeiramente inflamável. Sobejam argumentos favoráveis e contrários acerca da conhecida reserva de vagas destinadas a certas categorias de indivíduos que, de alguma forma, sentem-se discriminados ou marginalizados por nossa sociedade.

Não se busca discutir o acerto desses argumentos, inclinando-se a favor ou contra o sistema de cotas universitárias. Cumpre-se apenas perfazer uma análise acerca da legalidade dessa política,

confrontando-a com os princípios constitucionais que abarcam a matéria e com dispositivos que, direta ou indiretamente, dizem respeito à educação em nosso país.

Após uma sucinta análise sobre a competência para legislar em matéria de educação, será visto que inexistente uma legislação nacional específica já consolidada acerca da reserva de vagas nas universidades, permitindo aos Estados-membros e ao Distrito Federal exercerem uma competência legislativa plena, com a edição de normas estaduais nesse sentido.

O tema é deveras polêmico, sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, perante o qual existem pelo menos duas ações desafiando a constitucionalidade da matéria, as quais ainda não foram definitivamente julgadas, suscitando, inclusive, por meio de audiências públicas, a participação da sociedade, que está verdadeira e diretamente interessada no assunto.

## **2. Políticas públicas de ações afirmativas**

Desde seu descobrimento, nosso país veio acumulando casos de desigualdades, que se consubstanciaram, ao longo de todos esses anos, na discriminação e na marginalização, por motivos étnicos, religiosos, raciais, sociais entre outros. Esses fatos históricos refletem na atualidade, sobretudo nas oportunidades de acesso à educação escolar – em especial no ensino superior –, ingresso no mercado de trabalho, progressão na carreira profissional e até mesmo de participação na vida política.

Não remanesçam dúvidas de que um indivíduo que está à margem da sociedade não tem muitas alternativas para transpor as constantes barreiras da vida, sendo dificultoso evoluir de maneira digna, situação esta que, na maioria das vezes, não se dá em relação àqueles que tiveram maiores oportunidades ao longo de sua existência.

A verdade é que, nos últimos anos, diversos são os dados estatísticos divulgados pela mídia nacional e internacional que corroboram essa

realidade discriminatória, não se postando como nenhuma novidade. Pode-se afirmar que esse tema tem gerado grandes discussões nos mais diversos segmentos da sociedade, a qual, nos dias atuais, tem buscado realizar uma política de compensação de danos.

É nesse sentido que surgem as “políticas públicas de ações afirmativas”, muitas vezes denominadas de “políticas de cotas”, “reserva de vagas”, “ações compensatórias”, ou, ainda, “discriminações positivas”, as quais, em síntese, visam a reconhecer e corrigir situações de direitos negados socialmente ao longo da história a determinadas classes.

No ano de 1996, o Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra, ligado ao Ministério da Justiça, conceituou, de forma satisfatória, o que vêm a ser as políticas públicas de ações afirmativas.

Ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. (BRASIL, 1996a, p. 10).

Com apoio no magistério de Flávia Piovesan, as conhecidas ações afirmativas podem ainda ser definidas como “medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos sociais ou indivíduos, com a finalidade de estimular sua ascensão na sociedade, de modo a equiparar os beneficiários com os demais”. (PIOVESAN, 2004, p. 190).

Convém destacar que as ações afirmativas podem ser efetivadas das mais diversas formas, sendo elas voltadas para a eliminação de todas as espécies de desigualdades e discriminações. Entre elas, colocando-se como a política compensatória do momento, temos o sistema de cotas nas universidades.

### 3. As cotas nas universidades

Antes de se fazer qualquer outra ponderação acerca do tema, cumpre trazer à testilha o que se tem entendido por cotas universitárias, não havendo grandes discrepâncias nesse sentido. Vale repisar que elas são entendidas como espécies do gênero “políticas de ações afirmativas”.

As cotas constituem uma dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, portanto, podem ser definidas como mecanismos possíveis de implementação de políticas sociais públicas e privadas de reparação e de efetivação de direitos. (GOMES, 2001, p. 40-41).

O sociólogo e jornalista Ali Kamel, com igual competência, traça um simples e breve conceito acerca da política de cotas, entendendo que “As cotas surgem para reparar, junto aos descendentes, discriminações odiosas que tolheram o desenvolvimento social e econômico das gerações passadas de certos grupos sociais”. (KAMEL, 2006, p. 90).

Na prática, o sistema de cotas universitárias procura estabelecer um número preciso de lugares ou reservar algum espaço em instituições de ensino superior em favor de membros de grupos beneficiados, entre eles, afrodescendentes, deficientes físicos, pessoas de baixa renda, índios e outros.

No Brasil, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro foi a primeira a implantar o sistema de cotas, o que se deu no ano de 2003. Desde então, várias outras entidades públicas de ensino superior, até mesmo algumas integrantes da iniciativa privada, vêm implantando esse programa para admissão de grupos que ainda sofrem algum tipo de discriminação, atitude que se torna cada vez mais crescente em nosso país.

Essa política de cotas apoia-se no argumento de que esses grupos enfrentam situações deficitárias de acesso à educação formal e de que sua implementação aceleraria um processo de inclusão social

daqueles que vivem à margem da sociedade, sofrendo algum tipo de discriminação ou marginalização.

Aqueles que defendem o sistema de cotas, em decorrência da condição social do aluno, alegam que as escolas públicas e privadas acham-se em polos desproporcionais, não havendo possibilidade de uma competição de igual para igual, já que a preparação para o ingresso nas universidades públicas exige qualidade e incentivo que, por sinal, existem, de fato, nas escolas privadas, em oposição à inexistência de tais requisitos nas escolas públicas. Sob o argumento de que o país possui uma dívida para com os afrodescendentes e os indígenas, que, na maioria das vezes, terminam por se enquadrar em uma condição social desfavorável, é que se defendem as cotas para essas demais “categorias”.

Lado outro, encontram-se aqueles que acreditam que o sistema de cotas universitárias pode se tornar mais uma forma de discriminação contra os beneficiados, os quais poderão ser taxados de incapazes de ingressar no ensino superior. Para essa corrente contrária ao sistema, a posição de qualquer indivíduo em uma determinada sociedade deve ser reflexo cuidadoso de sua capacidade individual, defendendo, ademais, uma política de investimentos voltados para a educação de base, o que seria a melhor forma de minorar as deficiências do ensino em nosso país, proporcionando uma disputa mais igualitária quando da tentativa de ingresso em nossas universidades.

Buscando uma solução intermediária, concluiu Carlos da Fonseca Brandão:

Finalizando, gostaria de salientar que não sou favorável à adoção de cotas para ingresso na universidade pública que tenha como objetivo beneficiar qualquer grupo étnico-racial. Entendo que o sistema de cotas para acesso ao ensino superior brasileiro só tem sentido se tomar com critério a situação econômico-social dos possíveis beneficiados por essa forma de reserva de vagas. Mesmo assim, somente depois de um amplo debate com a sociedade, que tenha como resultado um posicionamento claro, explícito e inequívoco de que essa mesma sociedade aceita trans-

ferir para a educação superior não só os novos ônus pedagógicos e financeiros resultantes dessa opção política e social, mas, principalmente, uma das principais funções da escola de ensino fundamental e médio: a preparação adequada dos seus estudantes para acesso ao ensino superior, como resultado direto de um ensino de qualidade. (BRANDÃO, 2005, p. 99).

Imperioso é repisar que não se busca discutir o acerto dos argumentos favoráveis ou contrários dessa modalidade de política afirmativa, sobretudo quando se vislumbra que ela tem implicações em sentimentos íntimos, que despertam paixões e se manifestam como um tema acalorado. Em verdade, pretende-se perfazer uma abordagem unicamente jurídica, a fim de se aferir a legalidade desse sistema de cotas universitárias.

#### **4. Fundamentos jurídicos do sistema de cotas nas universidades**

Quando se discute a reserva de vagas nas universidades para determinados grupos de pessoas, logo vem à mente o princípio constitucional da igualdade, consagrado no artigo 5º, *caput*, inciso I, da Constituição Federal, que preleciona serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Questionável é o fato de a destinação de vagas exclusivas para uma determinada categoria poder contrariar essa igualdade que deve existir entre todos.

Em verdade, para que se compreenda o princípio da isonomia, não se pode perfazer uma simples interpretação literal dos preceptivos legais invocados, entendendo-os no sentido de que nenhum tipo de discriminação entre os indivíduos é aceitável. O que é vedado são as chamadas diferenciações absurdas, arbitrárias, sem nenhum fundamento aceitável que esteja a favor de uma finalidade acolhida pelo direito. Ensina Pedro Lenza:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a *igualdade material*, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2008, p. 595, grifo nosso).

Noutro falar, se certa discriminação é empregada com o único objetivo de corrigir uma desigualdade pré-existente, será ela juridicamente válida e aceitável. É o que se observa, por exemplo, nos casos de atendimentos preferenciais e reserva de vagas em estacionamentos para idosos e para deficientes físicos, que, sem sombra de dúvidas, possuem determinadas limitações, em especial de locomoção. Assim também deve ser em relação àqueles que se encontram em uma situação de desvantagem, seja mulher, seja consumidor, seja aluno que, por circunstâncias que não dependem de sua vontade, não possuem a mesma oportunidade e condição de ingresso em uma universidade.

Veja-se o magistério de Geziela Jensen:

O princípio constitucional da igualdade deve mostrar-se sensível às desigualdades presentes na realidade social, portanto, quanto mais se sedimenta a discriminação contra grupos vulneráveis, tanto mais se justifica o tratamento normativo diferenciado em favor de seus membros, tendo em vista a integração jurídica igualitária de todos na sociedade. (JENSEN, 2010, p. 201).

Entrar no mérito acerca da justiça ou injustiça do sistema de cotas universitárias, que, em suma, nada mais é do que procurar tratar de forma desigual alunos que se achem em uma situação de discrepância,; perscrutando-se juridicamente a polêmica, não restam dúvidas de que essa modalidade de ação afirmativa deve ser considerada como constitucionalmente aceita, amparada não apenas pelo já citado princípio da igualdade, mas, ainda, pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, oportuno trazer à colação o conceito de “dignidade da pessoa humana” lapidado por Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mí-

nimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 50).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Acórdão nº 98838/PE, posicionou-se no sentido de que o sistema de cotas está em perfeita consonância com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira, que hauriu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e com o artigo 3º desse mesmo diploma legal, segundo o qual é objetivo do país garantir uma sociedade justa, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos.

Defende-se, ademais, a legalidade do sistema de cotas nas universidades com apoio no art. 206, inciso I, da Constituição Federal, que prevê “igualdade de condições para o acesso e permanência nas escolas”. Sendo assim, ao se estabelecer a reserva de vagas a determinado grupo discriminado ou marginalizado, será dada aplicabilidade a esse princípio inerente à educação, garantindo-se essa igualdade de condições para o acesso nas universidades.

Há ainda os que entendem que a inclusão do sistema de cotas universitárias pode ser feita por conta da autonomia garantida às instituições de ensino superior pelo artigo 207 da Constituição Federal, o qual confere a elas referida independência no âmbito didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, proporcionando a elaboração, por parte das universidades, de normas e regulamentos próprios, inclusive o sistema de reserva de vagas, não havendo necessidade de lei em sentido estrito para que tal sistema seja instituído em alguma dessas instituições.

Imperioso é sublinhar que a Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, mais especificamente em seu artigo 51, prevê que:

As instituições de educação superior credenciadas como universidades ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino. (BRASIL, 1996b).

Desse modo, não restam dúvidas de que a autonomia universitária no Brasil abrange atualmente a possibilidade de cada instituição elaborar sua forma de seleção dos alunos, não sendo sequer obrigatório o concurso vestibular.

O que se sabe é que esse sistema é altamente polêmico, podendo-se afirmar que já foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade frente a determinados Tribunais de Justiça dos Estados quanto às leis estaduais existentes, chegando esse debate, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e do Recurso Extraordinário nº 597.285/RS, os quais ainda não foram julgados de modo definitivo, encontrando-se em discussão no Pretório Excelso, inclusive com a realização de audiências públicas.

## **5. Algumas legislações existentes sobre o sistema de cotas**

Após compreender que há fundamentos legais aptos a respaldar o sistema de cotas nas universidades – seja em razão dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia substancial ou material, seja em virtude dos demais dispositivos que delineiam os fundamentos básicos da educação em nosso país –, constata-se a necessidade de discutir sobre a competência para legislar acerca dessa polêmica matéria.

O art. 24, inciso IX, da Constituição Federal, preleciona que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação. Nesse caso, deve a União limitar-se a estabelecer normas gerais, cumprindo, para os Estados e para o Distrito Federal, as normas específicas sobre a matéria. Em nosso país, a Lei nº 9.394/96 estabelece as “Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, abalizada como uma norma geral.

Socorre, uma vez mais, do insigne doutrinador Alexandre de Moraes:

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal. (CF, art. 24, § 2º). (MORAES, 2002, p. 298).

Porém, necessário esclarecer que, em caso de inércia da União acerca de determinado assunto, ou seja, inexistindo uma norma geral sobre determinada matéria relativa à educação, esses outros entes federativos – Estados-membros e Distrito Federal – terão a prerrogativa de suplementar a União e também legislar sobre normas gerais, exercendo o que se tem chamado de competência legislativa plena.

Quanto ao sistema de cotas nas universidades, podemos constatar que existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. O PL nº 73/1999 versa sobre a reserva de uma cota de 50% das vagas nas universidades públicas federais e estaduais para alunos que atingirem um coeficiente de rendimento no ensino médio, sendo a outra metade das vagas preenchidas por meio de vestibular. Por sua vez, o PL nº 615/2003 busca fixar cotas para indígenas que forem aprovados em um processo seletivo. Há, ademais, o PL nº 1.313/2003, que reserva um percentual – variável conforme o Estado – para indígenas nas instituições de ensino superior. Além desses, o PL nº 3.627/2004 estipula 50% de cotas para alunos egressos de escolas públicas, além de reservar, dentro desse percentual, vagas para negros e para indígenas – que também variam de acordo com cada Estado.

A verdade é que ainda não existe uma legislação nacional já consolidada acerca do sistema de cotas universitárias, conquanto exista a Lei nº 10.558/2002, conhecida como “Lei de Cotas”, que cria o “Programa Diversidade na Universidade”, regulamentada pelos Decretos nº 4.876/2003 e nº 5.193/2004, que cuidam do financiamento, da transferência de recursos e da concessão de bolsas de manutenção e prêmios previstos na mencionada “Lei de

Cotas”, sem, contudo, fazer qualquer menção acerca da reserva de vagas nas universidades brasileiras.

Essa inércia da União em legislar acerca do sistema de cotas universitárias tem levado diversos Estados-membros a exercer a já referida competência legislativa plena, tratando da matéria por meio de leis editadas por suas Assembleias Legislativas. Não temos a pretensão de elencar todas as leis estaduais até então existentes em nosso ordenamento jurídico que dizem respeito às polêmicas cotas para ingresso nas universidades. Ainda assim, ousamos fazer um breve relato sobre algumas dessas leis, com o único objetivo de melhor entendermos a matéria.

Conforme já relatado linhas acima, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro foi a primeira a implantar o sistema de cotas, com apoio na Lei Estadual nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000, que garante a reserva de 50% das vagas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro para os estudantes das redes públicas municipal e estadual de ensino, e na Lei Estadual nº 3.708, de 9 de novembro de 2001, que institui o sistema de cotas para estudantes denominados negros ou pardos, com um percentual de 40% das vagas das universidades estaduais do Rio de Janeiro. Há que se consignar que no ano de 2003 foi sancionada a Lei nº 4.151, que revogou o disposto nas leis anteriores e uniformizou esse sistema de cotas.

Após vários estudos, foi elaborada pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro a Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008, a qual criou um novo sistema para ingresso nas universidades desse Estado – 20% para estudantes negros e indígenas, 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino e 5% para pessoas com deficiência e filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

Em Minas Gerais, existe o sistema de reserva de vagas para os candidatos afrodescendentes e egressos da escola pública – desde que carentes –, aos portadores de deficiência e, ainda, aos indígenas, nos cursos de graduação e nos cursos técnicos de nível médio mantidos pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – e

pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES,, tal fato encontra-se previsto na Lei Estadual nº 15.259/2004.

Em que pese a existência de algumas leis estaduais que regulamentem a reserva de vagas nas universidades, é importante destacar que a grande maioria das instituições de ensino superior que adotaram o sistema de cotas para ingresso em seus cursos o fizeram com apoio na autonomia universitária garantida pelo artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme já explicitado acima. Além disso, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, essas instituições de ensino procuram fazer coexistir as cotas raciais com as sociais, ou seja, buscam uma inclusão pela diversidade racial no ensino superior e a compensação pela baixa qualidade do ensino na rede pública.

Observa Geziela Jensen:

Portanto, os afrodescendentes carregam uma dupla negatividade, a negatividade aliada à cor e a negatividade de classe, ou de origem. Dessa feita, propôs-se aqui, que o critério mais acertado, para o acesso à educação superior no Brasil, deve conjugar esses dois critérios, visando combater os dois problemas afeitos aos afrodescendentes em nosso contexto. (JENSEN, 2010, p. 308).

O certo é que, ainda que de forma tímida, o sistema de reserva de vagas vem sendo adotado por algumas universidades públicas brasileiras, não havendo dúvidas de que novas e constantes discussões acerca da matéria devem ser efetivadas, proporcionando, acima de tudo, uma maior participação da sociedade, verdadeira interessada nesse processo de afirmação de certas categorias discriminadas e marginalizadas.

## **6. Considerações finais**

Longe de ter a pretensão de esgotar o tema relativo à legalidade do sistema de cotas nas universidades, buscou-se traçar, aqui, um panorama atual dessa modalidade de ações afirmativas implantadas por algumas instituições de ensino superior, perfazendo-se, sobretudo, uma análise jurídica sobre a matéria.

Não restam dúvidas de que os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana postam-se como fortes fundamentos dessa política de reserva de vagas, a qual ainda conta com o apoio de outros dispositivos legais constitucionais – ligados de modo direto à educação – e da “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, que, apesar de não fazer nenhuma menção às cotas universitárias, concede às instituições de ensino superior uma autonomia quanto ao processo de seleção de seus alunos.

Ante a inexistência de uma norma geral editada pela União sobre o sistema de cotas nas universidades, alguns Estados-membros – com fundamento no artigo 24, inciso IX, e § 3º da Constituição Federal – têm editado leis nesse rumo, sob o argumento de estarem exercendo uma política educacional pública voltada à redução de desigualdades entre os indivíduos, leis essas que têm sido objeto de discussão perante nossa Corte Maior, responsável pela análise da constitucionalidade dessas normas.

Como já relatado por diversas vezes, em nenhum momento se buscou perfazer uma análise acerca dos acertos dessa modalidade de política de cotas, colocando-se de modo favorável ou contrário a ela, mas, sim, demonstrar que a edição de normas acerca do polêmico tema é juridicamente possível, encontrando respaldo, inclusive, em nossa Lei Maior.

Ainda assim, faz-se necessário um maior envolvimento da sociedade nesse assunto, sobretudo dos educadores – que devem se preocupar não só com a qualidade do ensino, mas, ainda, daqueles que ingressam e dos que deixam a universidade para desempenhar atividades profissionais – e dos alunos que concorrerão a uma vaga nas instituições de ensino superior – os quais devem cobrar do Estado maiores investimentos na educação, a começar pelos anos letivos iniciais, possibilitando uma melhor formação que sirva de apoio para o enfrentamento dos desafios de uma existência digna.

## 7. Referências

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2014. [1996b]

BRASIL. Ministério da Justiça. *Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra*. Brasília, 1996a.

GOMES, J. B. *Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JENSEN, Geziela. *Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia*. Curitiba: Juruá, 2010.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

STEIL, Carlos Alberto. *Cotas raciais na universidade: um debate*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

Artigo recebido em: 11/08/2011.

Artigo aprovado em: 30/08/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140020



2

Direito  
Penal

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO PENAL

## ARTIGO

---

### **POR UMA IMPUTABILIDADE PENAL INDIVIDUALIZADA**

### **INDIVIDUAL INVOLVEMENT IN CRIMINAL LIABILITY**

CRISTINA CAMPOS DE FARIA

Servidora Pública

Governo do Estado de Minas Gerais, Brasil

faria.cristina@uol.com.br

**RESUMO:** A imputabilidade penal deve refletir, única e exclusivamente, na pessoa do condenado. Deve-se, contudo, imputar penalidade somente à pessoa que cometeu infração penal. Este artigo sugere a mudança de forma e de fase na aplicação da Comissão Técnica de Classificação e do Exame criminológico, qual seja, deixar de aplicá-los na fase da execução da pena e aplicá-los na fase do processo de conhecimento. Num primeiro momento, anteriormente à prolação da sentença, todos os denunciados, obrigatoriamente, submeter-se-ão à análise da Comissão Técnica de Classificação, visando delinear sua culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos que os levaram a cometer tal infração penal. Num segundo momento, posteriormente à prolação da sentença condenatória ou absolutória imprópria, os condenados ou sujeitos à medida de segurança, facultativamente, submeter-se-ão ao Exame criminológico, visando o estudo da sua personalidade. Assim, verificar-se-á o real envolvimento do indivíduo na infração penal, aplicando-se, quando necessário, o regime prisional mais adequado ou mesmo medida de segurança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imputabilidade e inimputabilidade penal; sistema biopsicossocial; execução penal; Comissão Técnica de Classificação; Exame criminológico; Princípios de Direito Penal.

**ABSTRACT:** Criminal responsibility should reflect only and exclusively on the offender. This paper suggests a change in the manner and phase of implementation of the Technical Commission of Criminology Classification and Examination. One suggests that instead of applying them during the enforcement of the sentence, these procedures should be followed at a previous stage. Initially, before the pronouncement of sentence, all the accused ought to be obligatorily submitted to the reviewing of the Technical Committee of Classification, with the aim of outlining guilt, history, social behavior, personality and motives that led them to commit the criminal offense. Secondly, in case of inadequate conviction or acquittal, the condemned or those subject to a security measure could willfully submit to Criminology examination for personality study. Thus, one could verify the actual involvement of the individual in the criminal offense, applying, where necessary, the prison regime or another more suitable penalty.

**KEY WORDS:** Criminal liability; biopsychosocial system; criminal enforcement; Technical Commission of Classification; Criminology Examination; Principles of Criminal Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Critérios para determinação da imputabilidade penal. 2.1. A imputabilidade no direito penal brasileiro. 2.1.1. Breve análise histórica. 2.1.2. A imputabilidade no direito penal brasileiro atual. 3. Aplicação da execução da pena: legislação vigente. 3.1. Princípios relevantes da Execução Penal. 3.1.1. O Princípio da legalidade. 3.1.2. O Princípio da personalidade. 3.1.3. O princípio da individualização da pena. 3.1.4. O princípio da proporcionalidade. 4. Embasamento constitucional: CF/88. 4.1. Embasamento infraconstitucional. 4.1.1. Código Penal brasileiro. 4.1.2. Lei de Execução Penal. 4.1.2.1. Comissão Técnica de Classificação. 4.1.2.2. Exame criminológico. 5. Critérios adotados pelo Código Penal brasileiro para fixação da pena. 6. Por uma imputabilidade penal individualizada. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. Introdução

O presente artigo resultou do questionamento sobre a crise da aplicação da pena e do sistema penal, em face de sua impotência para uma individualização penal justa e mais próxima do caso concreto. Para tanto, utilizamos analogicamente os artigos 5º ao 9º, do título II, capítulo I, da Lei de Execução Penal com o intuito de aplicação da Comissão Técnica de Classificação anteriormente à prolação da sentença para todos os indivíduos sujeitos a processo penal indistintamente.

Com a obrigatoriedade da classificação de todas as pessoas sujeitas a processo penal e a facultatividade de submissão ao exame criminológico quando da condenação ou sujeição à medida de segurança, não mais se submeteriam apenas ao entendimento subjetivo do juiz quanto à necessidade de serem efetivados.

Nosso objetivo é sugerir formas de análise individualizada das pessoas sujeitas a processo criminal e para isto será feita, num primeiro momento, a análise da personalidade e dos antecedentes do réu que servirá de base à prolação de sentença; num segundo momento, em caso de sentença condenatória ou de medida de segurança, efetivar-se-á exame criminológico do condenado ou do internado, que poderá servir de subsídio, inclusive, para a indicação do regime prisional mais adequado para cada um ou de medida de segurança com acompanhamento ambulatorial ou internação, gerando uma imputabilidade penal individualizada.

## 2. Critérios para determinação da imputabilidade penal

A princípio, necessário se faz esclarecer que imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, ou seja, é a reunião de condições necessárias para que um fato seja atribuído a uma pessoa, não se confundindo com responsabilidade, que é a capacidade da pessoa de responder por suas ações.

Três são os critérios que se dispõem a solucionar o problema da imputabilidade penal: o biológico, o psicológico e o biopsicológico ou misto.

Como a imputabilidade é a regra, fácil se torna verificar que tais critérios visam determinar os casos de inimputabilidade, por isso esta constitui uma exceção que deve ser caracterizada. Dada a explicação que se julga necessária, vejamos em que consistem tais critérios.

O biológico considera inimputável todo aquele que sofre de enfermidade ou grave doença mental, não cogitando de indagar sobre o fator psicológico.

O psicológico entende que a inimputabilidade resulta tão somente da falta de certos predicados psíquicos e não de perturbação mental doentia.

Finalmente, o biopsicológico, também conhecido como critério misto, aproveita o que de bom existe nos critérios anteriores; reúne critério biológico, que se preocupa exclusivamente com a causa, ao psicológico, que cuida somente do efeito. É o sistema seguido hoje pela maioria dos Códigos, entre os quais se aponta o brasileiro.

Vê-se a aplicação desse sistema no artigo 26 do nosso Código Penal, quando considera inimputável aquele que “[...] por doença mental ou desenvolvimento [...] [aqui está a causa biológica] [...] era ao tempo da ação ou omissão [nem antes, nem depois da ação], inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (efeito: ter inteira capacidade de entender o caráter ilícito do ato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento).

Essas pessoas são consideradas inimputáveis porque, embora tenham praticado ato tipificado como crime, tenham querido o resultado, não têm, a rigor, condições de entender a ilicitude desse ato. Não se pode, por isso, imputar a elas um crime.

## **2.1. A imputabilidade no direito penal brasileiro**

### **2.1.1. Breve análise histórica**

No Brasil, a história registra que, de 1500 a 1830, nas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manoelinas e Filipinas), não poderiam ser punidos com pena capital os menores de 17 anos, embora estivessem sujeitos a outras penas. E entre 17 e 21 anos, o grau da pena estava condicionado à revelação do nível de “malícia”, ou seja, do discernimento do ato pelo adolescente.

Inspirado no Código Penal Francês, o Código Criminal do Império de 1830 adotou o sistema do discernimento, determinando a maioridade penal absoluta a partir dos 14 anos, sendo certo que os menores abaixo desta idade poderiam ser considerados penalmente responsáveis se agissem com discernimento, o que só se aplicava aos maiores de nove anos (art. 13). O cumprimento da pena não devia ultrapassar a idade de 17 anos, podendo ela ser branda conforme a idade. Utilizava-se, assim, o critério psicológico para determinar a imputabilidade ou não.

Já o Código Penal Republicano, de 1890, determinava a inimputabilidade absoluta até os 9 anos de idade completos; os maiores de 9 e os menores de 14 anos estariam submetidos à análise do discernimento, critério esse que sempre foi um verdadeiro enigma para os aplicadores da lei, chamado por Evaristo de Moraes de “adivinhação psicológica”.

A Lei Orçamentária de 1921 acabou por revogar aquele dispositivo do Código Penal Republicano, tratando, já por motivos de política criminal e de natureza criminológica, de forma diversa a questão da menoridade penal, estabelecendo a inimputabilidade dos menores de 14 anos e o processo especial para os maiores de 14 anos e menores de 18 anos de idade.

Em 1940, com a adoção do novo Código Penal, que até os dias de hoje encontra-se em vigor com as alterações da parte geral trazidas pela Lei nº 7.209/84, o legislador adotou o critério puramente

biológico, no que concerne à inimputabilidade em face da idade, estabelecendo-a para os menores de 18 anos, traduzindo-se, assim, como uma exceção à regra, ou seja, o método biopsicológico, que prevalece no caso das demais espécies de inimputabilidade previstas naquele Código.

No Brasil, pois, a legislação adotou o critério biológico de aferição da inimputabilidade do menor de 18 anos, presumindo, de forma absoluta, a sua imaturidade penal, vinculando-o à regulamentação especial, fora do Código Penal.

### **2.1.2. A imputabilidade no direito penal brasileiro atual**

No nosso ordenamento jurídico, o significado do que seja imputável está implícito: imputável é o homem mentalmente sã, que possui a capacidade de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se, de acordo com esse entendimento, capacidade que o homem adquire progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental, até atingir o seu pleno crescimento.

Logo, pela regra geral, há presunção absoluta de que os maiores de 18 anos são imputáveis, o que motivou o legislador a adotar na lei as causas de sua exclusão.

Assim a falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade.

Diz-se, portanto, que a ausência dessa sanidade mental (critério biopsicológico) ou dessa maturidade mental (critério biológico) constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade.

O critério biopsicológico é o adotado por nosso Código Penal, no artigo 26. Nesse critério, em primeiro lugar, deve-se verificar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Na hipótese afirmativa, certifica-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato. Será inimputável se não tiver capacidade. Porém, caso fique

demonstrado que o agente tinha essa capacidade de entendimento, apura-se se ele era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente também é considerado imputável.

Esclarece Nelson Hungria:

o método biopsicológico exige averiguação da efetiva existência de um nexo de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado contemporâneo à conduta tenha privado completamente o agente de qualquer das capacidades psicológicas (quer a intelectualiva, quer a volitiva). (HUNGRIA, 1949, p. 485 apud PONTE, 2002).

Segundo o critério biopsicológico, a imputabilidade deve existir no momento da prática do delito, de tal forma que a superveniência de enfermidade mental, após a infração penal, não será motivo para a exclusão da culpabilidade.

Devido à adoção de tal critério, não fica o julgador vinculado ao laudo psiquiátrico, como ocorre no sistema biológico puro, uma vez que, para aferir a imputabilidade, não basta o simples diagnóstico médico da doença.

Bem ilustra o doutrinador Antônio Carlos da Ponte:

Torna-se necessário que sejam perquiridas as circunstâncias que cercaram o fato no momento de sua realização, aos efeitos de ser aquilatado se a doença mental estava ou não atuando sobre a personalidade do agente, no instante do crime. Isto vale dizer que não são dispensados os juízos de valoração. Por este método, fica o juiz com maior desembaraço para o exame da prova. Assegura-se mais larga independência ao julgador. (PONTE, 2002, p. 34).

Vale ressaltar que é plenamente possível que eventual doente mental, no momento da conduta proibida, esteja em condições de entender e querer, o que, com a adoção do critério citado, possibilita sua punição.

Nosso Código Penal não traz um conceito positivo de imputabilidade, porém traz as hipóteses em que esta não é verificada. Partindo do princípio de que só é imputável o indivíduo que tem capacidade de entender e querer, o Código Penal brasileiro funda a responsabilidade no elemento subjetivo da vontade consciente, exigindo, para tanto, que o agente revele certo grau de desenvolvimento mental, maturidade, normalidade psíquica, entendimento ético-jurídico e faculdade de autodeterminação. Faltando um desses requisitos, total ou parcialmente, o agente poderá ser considerado, dependendo da hipótese, inimputável ou semi-imputável.

### **3. Aplicação da execução da pena: legislação vigente**

Superada a fase histórica em que a pena era tida apenas como retribuição ou prevenção criminal, passou-se a entender que a sua finalidade principal, na fase executória, era a de reeducar o criminoso, que dera mostras de sua inadaptabilidade social com a prática da infração penal.

Não se pode deixar de observar que a proposta que vinha inserida na pena de prisão, já nos primeiros anos do século XIX, era a reparação do crime, em conjunto com a transformação do indivíduo, a sua correção através da privação da liberdade, e que, desde então, três princípios fundamentais de garantia individual, com reflexo imediato na execução penal, passaram a ser observados: a) o princípio da legalidade dos delitos e das penas; b) o princípio da personalidade da responsabilidade criminal e c) o princípio da proporcionalidade entre crime e pena.

Trazidas do Iluminismo, as ideias de liberdade e de igualdade deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que vigorou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Vários desses

princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos, recebendo, posteriormente, inclusão nas Constituições como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

### **3.1. Princípios relevantes da Execução Penal**

Princípio é aquilo que serve de norma diretriz para outros elementos.

Conforme Miguel Reale, os princípios correspondem a “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. (REALE, 1984, p. 299 apud MORAES, 2001).

Continuando, o grande mestre afirma que os princípios são “verdades fundantes” de “um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também, por motivos de ordem prática de caráter operacional”.

Ao direito da execução penal compete, dentro do amplo quadro de sua incidência e encarada a pena de forma lógica e racional, tornar efetivos os comandos legais para que a sanção imposta seja cumprida, tendo-se em consideração a pessoa do condenado e a proteção aos interesses legítimos da comunidade, à luz de seus princípios informadores.

Dentro desses parâmetros, passar-se-á, a seguir, ao exame dos princípios mais relevantes.

#### **3.1.1. O princípio da legalidade**

Tal princípio, consequência do Estado de Direito e do direito de cidadania, garante que ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Através do princípio da legalidade, dota-se o sistema de segurança jurídica, estipulando-se que na execução penal há de observar-se uma série de requisitos previamente estabelecidos e que a limitação dos direitos fundamentais dos sentenciados só pode efetuar-se por meio de lei.

René Dotti afirma que o princípio da legalidade na execução penal consiste “em demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão”. (DOTTI, 1980, p. 391 apud GOULART, 1994).

Portanto, o princípio da legalidade tem extrema importância no interior de um ordenamento que se propõe a ser democrático e humanizador.

### **3.1.2. O princípio da personalidade**

Trata-se de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e da justiça.

A culpa do condenado é o fundamento da medida da pena que lhe é imposta. O conceito de culpabilidade tem a função de assegurar ao indivíduo que o Estado não estenda seu poder penal para além do que corresponde à responsabilidade do homem concebido como livre e capaz de culpabilidade.

Como membro da comunidade o condenado tem de responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, para salvaguarda da ordem, confirmando sua posição de cidadão com igualdade de direitos e de obrigações.

A pena dirigir-se-á exclusivamente à pessoa do condenado, não podendo ultrapassá-la e operando em virtude da culpabilidade daquele enquanto indivíduo responsável capaz por suas ações. Ou seja, a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração penal, derivando daí seu caráter de personalidade.

### **3.1.3. O princípio da individualização da pena**

A individualização da pena compreende duas etapas distintas, mas integradas, e são elas a individualização judiciária e a individualização executória.

Na individualização judiciária dá-se o ajustamento da pena às condições do fato concreto. Aqui o juiz deverá escolher a espécie de pena aplicável ao caso e fixar-lhe a quantidade, bem como determinar o regime inicial do cumprimento da pena e decidir sobre o cabimento de eventual substituição da pena privativa de liberdade (artigo 59 e incisos do Código Penal). Tal decisão deverá levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como motivos, circunstâncias e consequências do crime e, ainda, o comportamento da vítima. Nesse procedimento a lei impõe ao juiz a individualização da pena consoante os critérios da necessidade e da suficiência para a reprovação e a prevenção do crime.

Em uma segunda etapa há de operar-se a individualização executória da pena aplicada na sentença. A execução penal não pode ser igual para todos os sentenciados. Daí evidenciar-se a necessidade da classificação dos reclusos, a fim de promover a adequação da pena às características pessoais de cada um. Logo, deve-se buscar a natureza da causa ou causas do comportamento do delinquente. Na origem do comportamento criminoso, o meio atua poderosamente em dois momentos: ao tempo do fato e no período formativo da personalidade, relacionando experiências atuais e antigas e dando margem a respostas diversificadas. Finalmente, as classificações devem ensejar conclusões terapêuticas e prognósticas, ou seja, possibilitar a adoção de medidas assistenciais a serem empregadas durante a execução da pena e possibilitar o estabelecimento de prognósticos quanto à evolução futura do sentenciado.

Dentro do princípio da individualização executória, dois critérios deverão ser tomados em consideração para a classificação do condenado. Inicialmente, serão considerados os antecedentes do sentenciado, ou seja, a história de sua vida, em seus múltiplos aspectos, o que não se confunde com sua história judiciária-criminal.

Já num segundo momento será considerada a personalidade do sentenciado, ou seja, a maneira de ser e de funcionar de um psiquismo humano e, através do estudo de sua estrutura, examinar-se o conjunto das relações que organizam e unem entre si as diversas condutas e disposição do indivíduo humano.

A questão do exame da personalidade deverá ser equacionada, segundo a Lei de Execução Penal, por Comissão Técnica de Classificação à qual compete elaborar o programa individualizador e acompanhar a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos. Visando, pois, adequar o cumprimento da sanção à personalidade do condenado é que decorre a necessidade de a execução ser acompanhada por membros do órgão técnico encarregado da classificação.

Disso se conclui, nas palavras da mestra Carmen Sílvia de Moraes Barros:

A individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado.

Pretende-se demonstrar que a autoridade judicial, na sua função de realização da justiça, não pode estar adstrita a dogmas, devendo prioritariamente basear-se nos princípios norteadores do Estado democrático de direito para realizar sua tarefa. Assim, busca-se, por fim, demonstrar que, embora diretamente ligada às fases anteriores e ao título executivo, para viabilizar a individualização da pena na execução penal, a autoridade judicial possui autonomia e independência, prevalecendo a meta de efetivação dos princípios constitucionais sobre quaisquer outros fins que se possam buscar com a execução penal. A individualização da pena na execução penal viabiliza-se no tempo da pena, de seu cumprimento, e, portanto não é estática, é alterável e deve estar constantemente sujeita a modificações. (BARROS, 2001, p. 23).

### 3.1.4. O princípio da proporcionalidade

Esse princípio decorre da personalidade da pena, pois esta encontra sua razão de ser em seu caráter de retribuição. Exatamente por essa faceta de retributividade da pena, o princípio da proporcionalidade tornou-se uma verdade basilar do direito penal. A punição deve ser

estritamente proporcional ao comportamento anterior do agente. Retirada da pena seu conteúdo de proporcionalidade, esvazia-se seu sentido de justiça, removendo-se a base ética do direito penal e negando-se ao acusado qualquer garantia substancial de liberdade.

O princípio da proporcionalidade, embora já concretizada a sanção na sentença condenatória, também acompanhará a pena no momento em que deverá ser executada, pois a proporcionalidade, como garantia individual, assegura que a pena seja executada dentro do marco constitucional de respeito à dignidade do sentenciado e não em razão dos anseios sociais.

#### **4. Embasamento constitucional: CF/88**

O sistema constitucional atua em íntima relação com todos os ramos do ordenamento jurídico, coordenando-os, inspecionando-os e amparando-os, e seus princípios são comuns àqueles ou funcionam como seus pressupostos e a sistemática constitucional é informada por valores ideológicos que fundamentam as expectativas de comportamento que determina.

A Constituição Federal impõe a igualdade na formulação da lei penal, todos os homens têm igual direito à liberdade e demais direitos individuais. A supressão ou limitação da liberdade só poderá ocorrer quando o caso concreto demonstrar fato criminoso e necessidade, circunscritos na lei.

Ao tratar os princípios norteadores do processo penal como garantias constitucionais, tais como os de ampla defesa, contraditório e de inocência (art. 5º, incisos LIV, LV, LVII), nossa Carta Magna instaurou um momento processual mais liberal.

Esses princípios, ao serem elevados à categoria de garantias constitucionais, tornaram-se de aplicação imediata nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, revogando, assim, qualquer disposição existente em lei infraconstitucional que com eles se tornaram incompatíveis.

Reza o *caput* do citado artigo a garantia de todos serem iguais perante a lei, sem distinção de natureza alguma, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

O direito de ser considerado inocente equilibra a persecução penal, inviabilizando que as providências cautelares coativas extravasem os limites do processo para acarretar aplicação da pena independente de sentença.

A permanência do estado de inocência até o trânsito da sentença condenatória irrecorrível é a regra. A sentença condenatória irrecorrível é o fator formal discriminador eleito pela Constituição para ruptura da presunção constitucional de inocência. Alcança-se, portanto, a primeira conclusão: todos os homens são igualmente inocentes, excepcionados aqueles condenados por sentença transitada em julgado.

No direito brasileiro é norma constitucional que “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVL, 1ª parte, da CF), sendo essa individualização uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça, podendo ser ela determinada no plano legislativo, no plano judicial e no momento executório.

Contudo, os direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ser um desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

#### **4.1. Embasamento infraconstitucional**

Cada um dos ramos do ordenamento jurídico conta com institutos e normas que lhe são peculiares, possuindo seus elementos sempre um fundamento constitucional embrionário, desenvolvendo-se,

posteriormente, com características próprias. Todavia, os princípios do direito constitucional, via de regra, são comuns a eles ou atuam como seus pressupostos.

#### 4.1.1. Código Penal brasileiro

Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo-se em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.

O artigo 1º do Código Penal adquire relevância notável com o princípio da legalidade ou reserva legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), pois a proibição do emprego da analogia faz com que o elenco de crimes contido neste dispositivo legal e nas leis extravagantes seja a única definição das condutas delituosas contempladas pela ordem jurídica. Delimita, assim, a esfera de liberdade ou licitude jurídico-penal, com pena criminal. Por outro lado, o princípio da reserva legal fundamenta o direito público subjetivo do cidadão de não ser punido senão nos casos expressamente previstos em lei. É, pois, necessário conhecer e determinar o exato alcance e a significação das condutas delituosas descritas pela lei.

A lei penal é, primariamente, instrumento da tutela de valores que deve apresentar segundo a hierarquia em que figuram em nossa cultura. É indiscutível que nela os valores da personalidade humana ocupam o posto mais importante.

O princípio da individualização da pena, consagrado constitucionalmente, como já falado, foi determinado pelo artigo 59 do Código Penal, prevendo este que o juiz, ao determinar uma pena, deverá fixá-la com justiça, levando-se em consideração os antecedentes e a personalidade do agente.

Assim, o julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também a pessoa do criminoso para individualizar a pena.

A pena não tem em vista somente o delito; o juiz deverá levar em conta a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, o estudo de sua personalidade, verificando a possibilidade de o indivíduo voltar a delinquir, e, ainda, a sua periculosidade em relação à sociedade.

#### **4.1.2. Lei de Execução Penal**

Como política criminal, a Lei de Execução Penal (LEP) tem o objetivo de reintegrar o condenado ao meio social.

A Execução penal deve promover a transformação do criminoso em não criminoso, possibilitando-se métodos coativos para operar-se a mudança de suas atitudes e de seu comportamento social. Por sua finalidade reeducadora, por seu caráter individualizado, pela adoção das técnicas das ciências naturais, seu uso vai progredindo nos estabelecimentos de cumprimento das penas privativas de liberdade.

O objetivo é fazer do preso ou interno uma pessoa com a intenção e a capacidade de viver respeitando a lei penal, procurando-se, na medida do possível, desenvolver no “reeducando” uma atitude de apreço por si mesmo, de responsabilidade individual e social com respeito à sua família, ao próximo e à sociedade em geral.

Nas regras mínimas da ONU para o tratamento do preso, aos condenados a uma pena privativa de liberdade, à medida que a duração da pena o permita, deve ser inculcada a vontade de viver na observação da lei, sustentando-se do produto de seu trabalho, criando-se nessas pessoas a aptidão para uma profissão. Tal tratamento deverá dirigir-se para a promoção do desenvolvimento, nos condenados, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade.

São de relevância, para o assunto abordado no presente trabalho, os artigos 5º ao 9º da Lei de Execução Penal, que tratam da classificação dos condenados que, segundo afirmação da Exposição de Motivos nº 26:

Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado. (BRASIL, 1983).

Segue breve análise dos artigos 5º ao 9º da Lei de Execução Penal.

O artigo 5º é decorrente do princípio da individualização da execução penal, transcrito na íntegra: “Os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Já o artigo 6º trata da finalidade da classificação e o órgão competente para fazê-la, a Comissão Técnica de Classificação: “A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões”.

A composição mínima da Comissão Técnica de Classificação é regulada no artigo 7º (“A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa da liberdade”) que, em seu parágrafo único, esclarece que esse comitê atua com o Juízo da Execução: “Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do Serviço Social”.

No artigo 8º, temos a instituição do exame criminológico obrigatório para o condenado que iniciou o cumprimento da pena em regime fechado visando a individualização da pena: “O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado,

será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

O artigo 9º ressalta a abrangência do exame criminológico: “A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá entrevistar pessoas; requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado; realizar outras diligências e exames necessários”. Dessa forma se busca a participação dos segmentos comunitários.

Dada a relevância da Comissão Técnica de Classificação e do Exame Criminológico para nossa pesquisa, passamos à abordagem destes temas.

#### **4.1.2.1. Comissão Técnica de Classificação**

A Comissão Técnica de Classificação, como o próprio nome diz, é uma comissão responsável pela classificação dos condenados que deve elaborar o programa individualizador das execuções das penas, sendo constituída por profissionais de áreas diversas.

De grande importância é a “classificação” dos condenados tratada na LEP, artigos 5º ao 9º. Com efeito, as medidas ali inseridas vêm atender ao princípio da personalidade da pena, inscrito na Carta Magna e de acordo com o qual: “A lei regulará a individualização da pena”. (CF, artigo 5º, inciso XLVI).

Imprescindível, pois, que, para atendimento à norma constitucional que determina a individualização da pena, também na fase executória, fossem estabelecidos parâmetros objetivando essa finalidade.

Individualizar, por sua vez, significa particularizar, especializar e, na via executória, seu significado é de particularizar a execução da pena à pessoa do condenado. Especializa-se a execução tendo-se em vista a personalidade do sentenciado.

O legislador reservou importante tarefa à Comissão Técnica de Classificação. Assim, para que o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado seja promovido ao regime semiaberto, é necessário que a promoção seja precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico.

Como já citado, estabelece o artigo 7º da Lei de Execução Penal, em seu parágrafo único, quais são os componentes da Comissão Técnica de Classificação e, ao invés de estar a comissão instalada no estabelecimento penal, funcionará ela junto ao Juízo da Execução.

Quando se tratar de examinar as condições do condenado a pena privativa de liberdade, a comissão deverá ser presidida pelo diretor do estabelecimento e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.

Já em relação ao acompanhamento das penas restritivas de direitos, aplicadas aos autores de crimes menos graves, exige-se menor rigor quanto à verificação das condições biopsicológicas do condenado, sendo constituída a comissão de fiscais do Serviço Social, sob a presidência de um deles.

Das reuniões que realizam deve ser lavrada a ata respectiva, bem como, quando for o caso, o Exame Criminológico, peça de vital importância para diferentes incidentes da execução.

Os exames do condenado constituem o estudo científico de componentes como constituição, temperamento, caráter, inteligência e aptidão do preso, ou seja, da sua personalidade. Assim, os membros da Comissão Técnica de Classificação devem recolher o maior número de informações a respeito do examinado, não só através de entrevistas e peças de informação do processo, o que restringiria a visão do condenado a certo trecho de sua vida, como também de outras fontes. Por essa razão, concede a lei possibilidade ao perito de entrevistar pessoas, requisitar de repartições ou estabelecimentos privados dados e informações a respeito do condenado ou realizar outras diligências e exames necessários (art. 9º).

A lei possibilita também aos membros da comissão entrevistar qualquer pessoa que possa trazer alguma contribuição aos seus trabalhos de diagnose (familiares, testemunhas do crime, pessoal penitenciário).

Cabe, por fim, à Comissão Técnica de Classificação acompanhar a execução das penas restritivas de direitos, instituídas pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a saber: a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana e as interdições de direitos. E, ainda, as outras penas alternativas instituídas pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, quais sejam: a prestação pecuniária (nominada e inominada) e a perda de bens e valores.

#### **4.1.2.2. Exame criminológico**

Considera-se de grande relevância a aceitação voluntária do tratamento reeducativo pelo condenado, não sendo admitida a sua imposição, pois sua obrigatoriedade faria supor que seria realizado por coação, o que iria ofender os direitos humanos do preso.

O objetivo do exame criminológico é o estudo da personalidade do delinquente para a individualização penitenciária, como para a individualização judiciária, quando possível.

O conhecimento da personalidade se obtém com a contribuição dos exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico, estudo social do caso, mediante uma visão interdisciplinar com a aplicação dos métodos da criminologia clínica.

Ressalte-se que o exame criminológico tem por objetivo o diagnóstico criminológico do delinquente, a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social. Do resultado do diagnóstico da personalidade do criminoso se deduzem as conclusões quanto à probabilidade de reincidência e à possibilidade de reeducação, a saber: são verificadas as causas de inadaptação social e carências fisiopsíquicas do delinquente, bem como as dificuldades para a sua ressocialização, para indicação das medidas de tratamento reeducativo.

O diagnóstico coincide com a classificação penitenciária em sua fase inicial, tendo por finalidade a indicação do grupo de tratamento e a designação do estabelecimento adequado, segundo as conclusões do exame criminológico.

O delinquente terá que participar do processo de sua recuperação voluntariamente, do que se deduz que poderá recusar o exame criminológico.

No exame criminológico a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a “dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminológica)” e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico). (PITOMBO, 1985, p. 315 apud MIRABETE, 1997).

Recomenda-se a realização do exame criminológico, referido no artigo 8º, parágrafo único, da LEP, quando a folha de antecedentes indicar tratar-se de indivíduo perigoso ou renitente na prática delituosa.

Compõem o exame criminológico, como instrumento de verificação, “as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidências etc.); o exame clínico (saúde individual e eventuais causas mórbidas, relacionadas com o comportamento delinquencial); o exame morfológico (sua constituição somatopisíquica); o exame neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletrencefalograma (não para só a busca de ‘lesões focais ou difusas de ondas sharp ou spike’, mas da ‘correlação – certa ou provável – entre alterações funcionais do encéfalo e o comportamento do condenado); o exame psicológico (nível mental, traços básicos da personalidade e sua agressividade); o exame psiquiátrico (saber-se o condenado é pessoa normal, ou portador de perturbação mental); e o exame social (informações familiares, ‘condições sociais em que o ato foi praticado’ etc.). (LAGE, 1965, p. 48).

A perícia deve fornecer a síntese criminológica. “Isso implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na se-

leção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotadas. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de ‘provável’ reincidência) e adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos”. (SILVEIRA, 1955. p. 29).

Devem os peritos examinar os autos do processo da ação penal ou da execução, em especial quando se efetua o exame criminológico, para obterem melhores esclarecimentos dos mecanismos biopsicossociais que impeliram o condenado à prática da infração penal.

Com relação à facultatividade do Exame criminológico, transcrevemos a assertiva do ilustre doutrinador Jason Albergaria:

Cabe ao capelão ou ao assistente social tentar obter a aceitação do exame criminológico, que não pode ser imposto coativamente. O capelão deverá obter a confiança do preso, sem manipulação ou ameaças, o que ensejará a identificação do preso com o membro da equipe de observação, no sentido da possível mudança de conduta.

A obrigatoriedade do exame criminológico faria supor que esse exame seria imposto por coação. O delinqüente terá que participar do processo de sua recuperação voluntariamente, do que se deduz que poderá recusar o exame criminológico. [...] (ALBERGARIA, 1992, p. 179).

Pelo exposto, verificamos que o legislador não tornou a realização do exame criminológico obrigatório para todos os condenados, contentando-se com o exame de personalidade comum para a classificação dos criminosos e a individualização da execução da pena. Entendeu-se que a gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente aconselham a obrigatoriedade do exame criminológico apenas aos presos destinados ao regime fechado.

O exame criminológico abre amplas perspectivas na execução da pena, especialmente tendo-se em vista sua natureza dinâmica, possibilitando a individualização executória através de identificação das medidas adequadas a cada condenado.

## 5. Critérios adotados pelo Código Penal brasileiro para fixação da pena

Dispõe o artigo 68 do Código Penal Brasileiro acerca da fixação da pena pelo juiz para o condenado, concomitantemente com os critérios relacionados no art. 59 do mesmo dispositivo legal.

Nos termos do art. 68 do Código Penal, o cálculo para fixação da pena ocorre em três fases:

- a) cálculo da pena-base – quando são analisadas as circunstâncias judiciais do artigo 59;
- b) cálculo da pena provisória – quando são analisadas as circunstâncias legais, quais sejam, as atenuantes e as agravantes;
- c) cálculo da pena definitiva – quando são analisadas as causas de diminuição e aumento.

Assim, para cálculo da pena-base, o juiz deverá seguir os seguintes critérios relacionados no artigo 59 do Código Penal: culpa, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos, circunstâncias e consequências do crime. E, ainda, o comportamento da vítima. Tais critérios deverão ser analisados separadamente.

Após verificação de tais critérios, deve o juiz fundamentar a dosimetria da pena, esclarecendo como valorou cada critério analisado, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente com fulcro no princípio constitucional da individualização da pena. Isto se faz necessário para que seja dada a sanção que o condenado merece, necessária e suficiente à prevenção e à repressão do crime.

No cálculo da pena provisória, no qual são analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, não pode ocorrer pena a quem ou além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido.

Na última fase do cálculo da pena definitiva, são analisadas as causas de diminuição e de aumento da pena, quando da fixação da pena-base e, se for o caso, da pena provisória. Quando houver mais de uma causa de diminuição ou de aumento da pena, incidirão umas sobre as outras, sucessivamente.

Determinada a pena definitiva, o juiz deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

## **6. Por uma imputabilidade penal individualizada**

Não se pretende combater a criminalidade com a redução da maioridade penal, embora seja recomendável que isso seja feito para adaptar-se a lei à realidade.

Além da menoridade, são causas de inimputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, servindo igualmente, à exceção da primeira, a diminuição da responsabilidade pela redução da capacidade de compreensão ou de autodeterminação.

A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento, bastando, para a capacidade de entendimento do caráter criminoso do fato, a possibilidade de compreensão, nos limites de um leigo, da reprovabilidade do comportamento pela ordem jurídica.

A incapacidade deve ser aferida à época do fato delituoso, através de laudo pericial. Sendo total, implicará a absolvição do réu, que ficará sujeito à medida de segurança de natureza detentiva, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à sua falta, em outro estabelecimento adequado, pelo prazo mínimo de um ano, podendo ser submetido a tratamento ambulatorial – medida de natureza restritiva – se o fato previsto como crime for punível com detenção.

A verificação da sanidade mental não interessa somente ao réu ou a sua defesa, sendo, ao contrário, da maior importância para a justiça pública, repugnando ao bom senso possa alguém responder criminalmente por um ato quando não possuía juízo ético, quando não tinha capacidade de entendê-lo e querê-lo, não podendo nenhum julgamento prescindir desse elemento básico que é a capacidade penal.

Pode o portador de doença mental, de perturbação mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, embora dotado de entendimento ético, portanto de plena consciência do que faz, ter ausente ou reduzida a autodeterminação, não logrando evitar os seus atos.

Assim, ensina Francisco de Assis Toledo:

As expressões doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardo, devem ser tomadas em sua maior amplitude, carecendo de relevância a natureza da doença – crônica ou transitória, constitucional ou adquirida -, posto ser impossível, na fase atual da ciência psiquiátrica, encontrar-se uma fórmula que, em resumo, compreenda todas as manifestações nosológicas, de ordem psíquica, que dão lugar à exclusão ou diminuição da imputabilidade. A exata extensão e compreensão das expressões ‘doença mental’ e ‘desenvolvimento mental incompleto ou retardado’ fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas para aferir se o agente teve privada a capacidade de compreensão do injusto ou de autodeterminação. (BRUNO, 1994, p. 315).

Maior cuidado cabe ao julgador nos casos de semi-imputabilidade. Aqui, cabe ao juiz decidir entre a aplicação da pena diminuída e a medida de segurança. O magistrado deverá decidir com muita cautela e só proceder à substituição pela medida de segurança quando esta for, realmente, a melhor solução. Este cuidado é necessário, pois, uma vez realizada a substituição, o agente passa a ser submetido ao mesmo tratamento dispensado aos inimputáveis. Em caso de erro judiciário, deixará de ser punido tal qual deveria ser: como

criminoso. Por ter tamanha repercussão, essa decisão não pode ser tomada por uma só pessoa, sendo sumamente indispensável a opinião abalizada de especialistas.

Não se quer que algumas pessoas sejam penalizadas por ações tipificadas e praticadas, sobre as quais não tinham condição de entendimento. Porém, não se comunga com a oportunidade, muitas vezes usada por “bandidos espertos” auxiliados por “bons advogados”, de se valerem dessa “válvula de escape” para saírem ilesos de crimes por eles cometidos.

Quanto ao poder que a lei confere ao juiz de rejeitar as conclusões do laudo pericial, esse não chega ao ponto de substituir o perito. O juiz não pode afastar o laudo em matéria eminentemente técnica. Nesse sentido, a jurisprudência já estabelece que embora o juiz não fique adstrito ao laudo médico, não pode recusá-lo sem sólidas razões; por esse motivo, rejeitando-o, cabe submeter o paciente a novo exame médico para que possam ficar definidas suas condições de dependência.

Se o Juiz de Direito não pode rejeitar imotivadamente um laudo, ao perito, por sua vez, cabe apontar, definir, situar, prever a evolução e o término exato da circunstância psiquiátrico-legal, diagnosticando-a, qualificando-lhe a etiologia, sua natureza, seu desenvolvimento, direção e, se possível, duração.

Já em 1975, um grupo de trabalho presidido pelo professor A. B. Cotrim Neto, instituído no Ministério da Justiça para o estudo da reforma penitenciária no Brasil, enfatizava a necessidade de prévia classificação do sentenciado, com vistas ao estudo de sua personalidade, para a individualização do tratamento penitenciário a aplicar (COTRIM NETO apud PONTE, 2002).

Assim, há décadas, prega-se um exame médico-psicológico-social, hoje conhecido como exame da personalidade, a fim de reunir o maior número de dados possíveis a respeito da pessoa estudada – o delinquente –, reclamos atendidos com a Lei de Execução Penal.

O artigo 5º da LEP determina que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado”. Esse dispositivo deveria atender aos princípios da personalidade da pena, inserido também entre os direitos e garantias constitucionais, como o da proporcionalidade da pena, segundo se assegura na exposição de motivos (BRASIL, 1983).

No entanto, acreditamos, ainda, que o princípio da individualização da pena, como é adotado, continua sendo uma falácia, uma vez que defendemos o entendimento de que o exame da personalidade do indivíduo, inclusive no que se refere aos seus antecedentes, deveria ser anterior à prolação da sentença e com abrangência *erga omnes*, de forma universal e sem exceções, não apenas após a sentença condenatória.

Inseparável do estudo da personalidade do réu é também o de seus antecedentes, entre os quais se destacam a reincidência e o envolvimento em inquéritos ou processos judiciais, que alcançam toda a sua vida pregressa. O exame desses antecedentes também pode ser muito útil quanto à determinação do tratamento penitenciário a ser seguido quando da prolação da sentença acusatória.

Disso se conclui que os exames de personalidade e dos antecedentes deverão ser obrigatórios para todos os indivíduos, indiferentemente de determinação subjetiva do juiz, destinando-se a classificação que determinará se há capacidade intelectual ou volitiva para imputação penal, ou seja, se o réu é imputável ou não.

Não se pode tampouco perder de vista que o sistema penal seleciona pessoas arbitrariamente – há muitas outras pessoas que fizeram o mesmo que o selecionado e não foram, nem serão criminalizadas.

Na lição de Rodrigues Devesa, “o erro judiciário é muitíssimo mais frequente, entendido não apenas como condenação do inocente, mas como aplicação inexata da lei penal”. (ALBERGARIA, 1992, p. 56).

A proposta deste artigo é analisar a necessidade de modificação da legislação, a fim de que se disponha acerca da realização de classificação do réu por uma Comissão de Classificação Técnica e de Exame Criminológico para todos os réus, independentemente de serem considerados inimputáveis, com o intuito de verificar o seu entendimento do caráter ilícito do fato cometido, buscando o aprimoramento da Justiça Penal. Uma classificação fundada na Biotipologia, aliada a outros conhecimentos científicos (psicologia, psiquiatria, sociologia etc.), pode fornecer subsídios preciosos à classificação dos condenados e à individualização do tratamento penal adequado, tratando o homem na sua totalidade psicoambiental.

Necessário é verificar o estado de sanidade de todos os indivíduos sujeitos a processo criminal, que, se forem considerados aptos a compreender o ilícito do ato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, deverão ser declarados imputáveis, visando uma imputação individualizada.

Mesmo os indivíduos tidos como inimputáveis pelo Código Penal atual deverão ser submetidos à Comissão de Classificação e ao Exame Criminológico, tendo-se em vista a necessidade de ser submetidos à medida de segurança.

## 7. Conclusão

O Estado passa por evoluções e o Direito deve acompanhar essas modificações mesmo que para isso seja necessário superar conceitos que há muito vinham sendo adotados.

Não há uniformidade de critérios de imputabilidade penal adotados pelos diversos países. Cada nação adequa sua legislação a sua realidade sócio-econômica-cultural.

Nosso diploma penal enumera, via exceção, pois a imputabilidade é a regra, como causas de inimputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26). Também o indivíduo que entende a antijuridicidade de sua conduta, mas não pode adequá-la a esse entendimento, por carência de capacidade psíquica, para tanto, não pode ser reprovado pelo injusto cometido.

Logo, no primeiro caso não haverá culpabilidade por falta da possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade. Ausente a segunda, estar-se-á diante de uma hipótese de diminuição do âmbito de autodeterminação do sujeito por uma circunstância que provém de sua própria incapacidade psíquica momentânea.

Não apenas o Estado, como também a comunidade, deverão conscientizar-se dos graves problemas da criminalidade e de suas soluções – incluindo aqui o “caos” judiciário e penitenciário –, com vistas à sobrevivência da civilização e à preservação da dignidade humana.

Tentando atender aos anseios da comunidade jurídica e da sociedade como um todo, o legislador elaborou a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), objetivando a reintegração do condenado ao meio social.

Relevantes são, ao estudo ora desenvolvido, os artigos 5º ao 9º da referida Lei de Execução, os quais tratam da classificação dos condenados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Definem, também, a Comissão Técnica de Classificação como o órgão competente para fazer a citada classificação e regulam a composição mínima da referida comissão.

Instituem o exame criminológico obrigatório para o condenado que iniciou o cumprimento da pena em regime fechado visando a individualização da pena e ressaltam a abrangência do exame criminológico.

Com efeito, as medidas inseridas nesses artigos 5º ao 9º vêm atender ao princípio da personalidade da pena inscrito na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVI. Individualizar significa particularizar tendo-se em vista a personalidade do indivíduo sujeito ao processo penal.

Os exames do condenado constituem o estudo científico da constituição, temperamento, caráter, inteligência e aptidão do preso, ou seja, da sua personalidade. Para isto, os membros da Comissão Técnica de Classificação devem recolher o maior número de informações a respeito do examinado, não apenas através de entrevistas e peças de informação do processo, como também de outras fontes tais como

entrevistar pessoas, requisitar dados e informações de repartições privadas ou realizar outras diligências e exames necessários.

A finalidade do exame criminológico, também previsto na Lei de Execução Penal, é estudar a personalidade do delinquente para a individualização penitenciária e judiciária, quando possível.

O infrator terá que participar do processo de sua recuperação voluntariamente, do que se conclui que poderá recusar o exame criminológico.

Porém, dos estudos feitos, concluiu-se que o princípio da individualização da pena, como é aplicado na Lei de Execução Penal, continua sendo uma ilusão, pois o exame da personalidade do indivíduo, inclusive no que se refere aos seus antecedentes, deveria ser aplicado antes da prolação da sentença e ter abrangência ampla, sem exceções, ao invés de serem feitos somente após a sentença penal condenatória.

Logo, os exames de personalidade e dos antecedentes deverão ser obrigatórios para todos os denunciados, indiferentemente de determinação subjetiva do magistrado, com o objetivo de classificar o réu, determinando se este tem capacidade intelectual ou volitiva para imputação penal.

Para tanto, é necessário que os denunciados submetam-se, num primeiro momento, à classificação da sua personalidade e de seus antecedentes; num segundo momento, após a prolação da sentença condenatória, submetam-se ao exame criminológico.

O que se quer, assim, não é o extremo atual, vergonhoso, de impunidade dos indivíduos bandidos, nem o absurdo da total responsabilidade penal.

Diante de todo o exposto, queremos apontar as seguintes sugestões, utilizando-se o Centro de Observação Autônomo (que poderá ser regional ou estadual):

1º) Aplicação do artigo 5º da Lei de Execuções Penais – classificação segundo os antecedentes e personalidade para orientar a individualização da pena – anteriormente à prolação da sentença, com o intuito de maior individualização e menor subjetividade por parte do juiz;

2º) Aplicação do artigo 8º da Lei de Execuções Penais – Exame Criminológico do condenado para uma adequada classificação e individualização da execução penal – posteriormente à prolação da sentença condenatória (respeitando-se o princípio da presunção da inocência), sendo, inclusive, sugerido o regime prisional mais adequado ao condenado, adotando-se, se for o caso, a aplicação da medida de segurança e a eventual necessidade de acompanhamento ambulatorial.

Conclui-se ser importante a modificação da nossa legislação vigente, no que dispõe sobre a realização da Classificação do réu por uma Comissão Técnica de Classificação e do Exame Criminológico para todos os condenados, independentemente de serem considerados inimputáveis, na busca de se verificar se tinham o entendimento do caráter ilícito do fato cometido, visando uma imputação penal individualizada de forma a atender aos anseios da sociedade na busca da JUSTIÇA!

## 8. Referências

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BADARÓ, Ramagem. *Inimputabilidade, periculosidade e medidas de segurança*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Novas penas alternativas*. análise político-criminal das alterações da Lei nº. 9.714/1998. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal: Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2014.

BRASIL: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

BRUNO, Aníbal. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CALDAS, Gilberto. *Novo Código Penal brasileiro comparado e anotado*. São Paulo: Leia, 1984. v. 1.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COTRIM NETO, A. B. As normas para uma programação penitenciária no Ministério da Justiça. *Justitia*, 93/70.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 391 ss.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. vol. I

LAGE, Cícero Carvalho. *Ciência criminal e penitenciária*. São Paulo: Biblioteca de Estudos Jurídicos “Leia”, 1965.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LUZ, Orandy Teixeira. *Aplicação de penas alternativas*. Goiânia: AB Editora, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Millennium, 2002.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães de. *Direito penal: introdução e parte geral*. 30. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Ainda o exame criminológico. *Jornal do Advogado*, jul. 1985.

PONTE, Antônio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1-4.

SILVEIRA, Valdemar César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. São Paulo: Saraiva, 1955.

VIEIRA NETO, Augusto José. *Judiciário penal e cidadania*. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Artigo recebido em: 02/05/2010.

Artigo aprovado em: 30/03/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140021

# DIREITO PENAL

## COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

---

### DA CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

MAÉRCIO HERCULANO DIAS

Graduando em Direito

FEAD – Faculdade de Estudos Superiores de Minas Gerais, Brasil  
dukedodgers@hotmail.com

A citação é um ato processual promovido para chamar o réu a juízo, cientificando-lhe do ajuizamento da ação penal e imputando-lhe a prática de ato definido como crime. Por meio dela, o réu tem a oportunidade de oferecer defesa técnica ou pessoal.

Tal ato processual é de suma importância, sendo inclusive pressuposto objetivo de desenvolvimento válido do processo penal. Importa ainda trazer à baila que a citação válida do acusado traz como consequência primordial o complemento da relação triangular processual. Caso não ocorra a citação válida do processo, nos termos do art. 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal (CPP), os atos posteriores serão considerados nulos.

A doutrina majoritária classifica o ato citatório em real (pessoal) ou ficto (presumido). A citação real é aquela feita por oficial de justiça, e a ficta feita por edital ou por hora certa (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 564). O objeto desta análise é a citação por hora certa.

A citação por hora certa, modalidade de comunicação de ato processual já ocorrido, trazida do direito processual civil para o direito processual penal, ocorre quando o oficial de justiça, após

procurar o réu em seu domicílio ou residência por três vezes, não o encontrar. Havendo suspeita de ocultação por parte do réu, o oficial deverá intimar qualquer pessoa da família – ou, em sua falta, qualquer vizinho –, retornando no dia seguinte, em hora determinada, para citar o acusado.

No dia e horas marcados deverá o oficial de justiça comparecer à residência do réu com o fito de citá-lo. Não estando o acusado no local e no momento determinado, o meirinho o dará por citado, caso perceba que o réu está se ocultando para não receber a comunicação do processo penal que corre em seu desfavor.

Nos termos do art. 229 do Código de Processo Civil (CPC), a Secretaria da Vara deve encaminhar uma carta, telegrama ou radiograma informando ao réu que a citação ocorreu por hora certa.

O debate concernente à constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal tomou repercussões consideráveis ao adentrar na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº 635.145, do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Mello.

O caso teve origem na comarca de Veranópolis, onde o réu foi denunciado como incurso nas iras do art. 309 da Lei 9.503/1997, por conduzir uma motocicleta sem a devida licença, gerando perigo de dano ao colidir, na contramão, com uma caminhonete que transitava em sentido contrário.

Por não ter o réu se apresentado para a audiência preliminar, a transação penal ficou inviabilizada, seguindo o feito seus trâmites normais. O réu não foi encontrado pelo oficial de justiça, que chegou a fazer contato com a esposa do acusado. Este, no entanto, não se apresentou para responder à acusação.

Procedeu-se então à citação por hora certa, após as três tentativas determinadas pela lei. Na audiência foi apresentada a defesa prévia, recebida a denúncia e decretada a revelia, pois, o réu não compareceu à audiência, inviabilizando, portanto, o oferecimento

da suspensão condicional do processo. As testemunhas foram inquiridas, e, após a instrução, a acusação e a defesa apresentaram os memoriais.

O acusado foi condenado como incurso nas sanções do art. 309 da Lei 9.503/1997 a 6 meses de detenção; sua pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

A defesa recorreu, alegando a inconstitucionalidade do art. 362 do CPP, e pediu a absolvição do réu por falta de prova da materialidade delitiva.

À apelação negou-se provimento por unanimidade, inclusive quanto à inconstitucionalidade do dispositivo legal, conforme trecho do voto da relatora:

Não há que se falar em inconstitucionalidade da citação por hora certa introduzida no sistema processual penal pela Lei 11.719/2008, que modificou o artigo 362 do Código de Processo Penal, para vigorar com a seguinte redação: 'Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos art. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil'.

Reconhecer a inconstitucionalidade acabaria por beneficiar o acusado por circunstância que tumultua o processo causada por ele mesmo. O que está vedado pelo ordenamento já que a ninguém se alcançará benefício em razão de sua própria torpeza.

[...] Ademais, apesar de considerada modalidade de citação ficta, *in casu* verifica-se que o réu teve ciência da acusação que pesava contra ele, pois em todas as ocasiões em que esteve na residência de Fábio o oficial de justiça manteve contato com a esposa dele, o qual optou por não vir ao processo para apresentar a sua versão dos fatos e exercer sua autodefesa, nomeando-se a Defensoria Pública para exercer o direito à ampla defesa do réu e concedendo-lhe a possibilidade de contraditar quaisquer atos no decorrer do processo. Tanto que esta apresentou defesa prévia, memoriais e, inclusive, recorreu da sentença condenatória.

Ora, se o réu, por sua livre e consciente vontade não compareceu ao processo, não poderá, pela ocultação, ser beneficiado. Por isso, no meu entender, constitucional o dispositivo legal atacado. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, concluíram as magistradas pela manutenção da condenação determinada na decisão do Juiz monocrático, tendo o condenado recorrido às vias do pretório excelso.

Em uma primeira análise, o Recurso Extraordinário (RE) não foi conhecido por lhe faltar condição de procedibilidade, qual seja, a repercussão geral. Porém, em sede de agravo, foi reconhecida a repercussão geral, e o RE foi levado ao plenário do STF.

A parte recorrente se insurge contra a aplicação do art. 362 do CPP, alegando que tal modalidade de citação feriria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV. Elenca também o disposto no art. 8º, item 2, alínea “b”, segundo o qual há a garantia judicial de o acusado ser comunicado prévia e pormenorizadamente da acusação que lhe é imputada<sup>1</sup>.

Compreende-se, porém, que não há qualquer insurgência capaz de ferir os princípios ora aludidos. Primeiramente, a citação por hora certa não viola os princípios do contraditório ou da ampla defesa, haja vista que ao réu é oportunizada a defesa, pois, o meirinho busca, de todas as formas possíveis, informar ao acusado sobre a imputação penal que lhe é feita. Este, entretanto, se esquia da citação pessoal, buscando lograr êxito na interrupção da marcha

---

<sup>1</sup> Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) *comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.* (grifos nossos).

processual penal. É o réu quem decide se ocultar<sup>2</sup>.

Interessante é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), quando se manifesta em relação à nulidade da citação por hora certa, demonstrando os requisitos e a impossibilidade da alegação de nulidade quando estes são cumpridos:

Suscita o recorrente nulidade da citação por hora certa realizada, ao fundamento de que não foram respeitados os requisitos de validade do referido ato de comunicação, o que o torna nulo com a consequente invalidade dos demais atos instrutórios.

A citação por hora certa foi introduzida no âmbito do processo penal pela Lei 11.719/08, com a seguinte redação:

‘Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)’.

Logo, os requisitos exigidos no processo penal são os mesmos do processo civil.

O oficial de justiça procederá à citação por hora certa se por três vezes procurar o acusado e suspeitar de que o mesmo se oculta, intimará qualquer pessoa da família ou vizinho que no próximo dia voltará. Voltando, não encontrando novamente o acusado, o dará por citado, deixando a contrafé com a pessoa da família ou vizinho. Após, por meio de carta, dará ciência ao citando do ocorrido.

Ressalte-se que as alegações do Apelante não são suficientes para que se reconheça a nulidade da sua citação.

O Oficial de Justiça goza de fé pública, e as certidões por ele promovidas possuem presunção de veracidade, que dependem de prova robusta para serem desconstituídas, e que incumbem àquele contra quem foi emitida.

<sup>2</sup> Nesse sentido preleciona Fabiana Greggi, A citação por hora certa no Processo Penal Brasileiro. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 1, p. 1-22, abr. 2010.

De conformidade com o disposto no art. 227, CPC, quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, se houver suspeita de ocultação, deverá intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, de que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Está certificado que a Oficiala observou todos os requisitos legais, certificando que compareceu no endereço do Apelante mais de três vezes, em dias e horários alternados, sem, contudo, localizá-lo, concluindo pela ocultação e marcando hora certa para novo comparecimento, para citação, fazendo-a na pessoa de sua mãe, Sebastina Mercedes (fls. 47).

Desse modo, resta comprovado que a Oficiala de Justiça cumpriu todos os requisitos indispensáveis para a adoção da citação por hora certa.

De se ressaltar ainda que após a realização da citação por hora certa, o recorrente apresentou a sua Defesa Preliminar de fls. 48 por advogado contratado, restando, assim, completada a relação processual.

Sendo assim, não pode ser reconhecida a nulidade da citação, razão pela qual rejeito a preliminar. (MINAS GERAIS, 2013).

É oportuno recordar o corolário do princípio da instrumentalidade das formas, esculpido no art. 563 do CPP, segundo o qual nenhum ato processual será declarado nulo se da nulidade não ocorrer qualquer prejuízo para as partes. Nos casos em tela, não ocorreu qualquer prejuízo para as partes, visto que o processo percorreu seu curso natural, não sendo obstado pela omissão do réu em apresentar a devida resposta.

Ausência de dano mais evidente é a que ocorre no caso julgado pelo TJMG, visto que o acusado apresentou a resposta à acusação, completando assim a relação processual. Portanto, não há nenhuma nulidade nem prejuízo.

Alguns levantam argumentos relativos à autodefesa que estaria tolhida em tal modalidade de citação. Compreende-se que não há qualquer restrição ao uso deste direito, que, como faculdade, pode ser exercido ou não pelo acusado. Não se apresentando ao Poder Judiciário para responder às acusações, mas, ao contrário, se ocultando, compreende-se que o acusado abriu mão da autodefesa, sendo-lhe nomeado defensor público.

Entretanto, é necessário salientar que a citação por hora certa, seja no processo civil ou no processo penal, é medida extrema, devendo ser adotada com todas as cautelas, para que se evite o dano efetivo ao cidadão e para que se preservem seus direitos e garantias. Logo, a citação por hora certa realizada sem o preenchimento de todos os requisitos legais induz à anulação da própria citação e de todos os atos processuais realizados posteriormente<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Nesse sentido é o entendimento do TJDFT - Rel. Desembargadora Nilsoni de Freitas. RECLAMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DE JUIZ QUE DEIXOU DE ANULAR CITAÇÃO POR HORA CERTA REALIZADA DE FORMA INCOMPLETA. ANULAÇÃO DOS ATOS SUBSEQUENTES. COMPLEMENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO ATO. *ERROR IN PROCEDENDO*. COMUNICAÇÃO DO RÉU SOBRE A CITAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. RECLAMAÇÃO PROVIDA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO E DOS ATOS SUBSEQUENTES.

1. A Lei nº 11.719/2008 introduziu no Processo Penal a citação por hora certa, antes aplicável somente nos processos de natureza cível, inserida no artigo 362 Código de Processo Penal e regulada nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil. A disposição contida no artigo 229 – envio de carta, telegrama ou radiograma ao réu para dar-lhe ciência do ato citatório – é procedimento que integra a citação por hora certa, apesar de não interferir na contagem do prazo para a resposta, que se inicia na data da diligência do oficial de justiça e entrega da contrafé. Não se trata de mera formalidade, mas de procedimento essencial ao aperfeiçoamento e validade do ato de citação, de modo que sua ausência enseja nulidade absoluta. Portanto, há ofensa ao devido processo legal quando não enviada ao réu a comunicação informando-o que foi citado por hora certa, dentro do prazo hábil para que ofereça resposta à acusação, de forma a gerar nulidade absoluta do ato citatório por ausência de requisito formal.

2. Em se tratando de hipótese de nulidade do ato processual, sua complementação - com o envio da carta informativa após a apresentação da defesa prévia - não é suficiente para convalidá-lo, sobretudo porque o procedimento efetivado após o momento oportuno, priva-o de sua finalidade, consubstanciada, neste caso, em garantir ao réu o efetivo conhecimento sobre a citação, bem como a oportunidade de constituir advogado e, assim, exercer seu direito à ampla defesa.

3. Reclamação admita e provida para declarar nula a citação por hora certa, bem como os atos processuais subsequentes, determinando que sejam repetidos.

Nesse contexto, depreende-se que a citação por hora certa no processo penal está em harmonia com a ordem constitucional vigente, haja vista a anterior existência dessa modalidade de citação já no processo civil. Além disso, ela não afronta os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório ou mesmo da presunção de inocência. Esta modalidade de citação deve adstringir-se à situação em que seja insofismável a ocultação dolosa do agente acusado, para que atinja seu principal objetivo, que é dar celeridade e efetividade ao processo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635145 RG/RS, Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, 8 de novembro de 2012. *DJe*, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442540>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Citação por hora certa no Processo Penal é Constitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-20/eduardo-cabette-citacao-hora-certa-processo-penal-constitucional>>. Acesso em: 1 maio 2014.

GREGHI, Fabiana. *A citação por hora certa no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7565/6650>>. Acesso em: 5 maio 2014.

LEÃO, André Carneiro. A inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal por violação aos princípios do contraditório e da presunção de inocência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3586, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24301>>. Acesso em: 6 maio 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0071.09.045354-0/001, da 6ª Câmara Criminal,

Rel.: Desembargador Jaubert Carneiro Jaques, Belo Horizonte, 19 de novembro de 2013. *DJe*, 25 nov. 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=A5F027B909C0A31C2538022343E2510E.juri\\_nonde1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0071.09.045354=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=A5F027B909C0A31C2538022343E2510E.juri_nonde1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0071.09.045354=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar)>. Acesso em: 4 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140022



3

Direito  
Civil

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO CIVIL

## ARTIGO

---

### COMPRAS COLETIVAS E AS LESIVIDADES NA RELAÇÃO DE CONSUMO

### COLLECTIVE PURCHASING AND LESION IN CONSUMER RELATIONS

ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

antonio@antoniogoncalves.com

**RESUMO:** A compra coletiva é uma nova modalidade de comércio eletrônico que afeta a relação de consumo e, como tal, deverá observar todos os regramentos e ditames do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, o que se vê, na prática, é a lesividade ao consumidor através de uma série de problemas que variam desde o fornecimento do produto ou do serviço até a presença de cláusulas abusivas e propagandas enganosas. Assim, analisar quais as responsabilidades tanto do fornecedor quanto do sítio de compra coletiva será o objeto deste artigo, inclusive para verificar a hipótese de lesividade à concorrência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compra coletiva; responsabilidade objetiva; abuso de direito.

**ABSTRACT:** The collective buying is a new type of commerce that affects the consumer relationship and as such must comply with all laws and precepts of the Code of Consumer Protection. However, what we see in practice is lesion to the consumer through a series of issues ranging from the supply of the product or service to the

presence of unfair and deceptive advertisements. Thus, analyzing the responsibilities of both the supplier and of the collective buying site will be the subject of this article, including the verification of the hypothesis of lesion to the competition.

**KEY WORDS:** Collective buying; strict liability; abuse of rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de compra coletiva. 3. As condições de validade da compra coletiva. 4. O Direito eletrônico e a previsão normativa na compra coletiva. 5. O Código de Defesa do Consumidor e a normatização da compra coletiva. 5.1. Os requisitos de validade de um contrato de compra coletiva à luz do Direito Civil e do Direito do Consumidor. 6. Os problemas da compra coletiva. 7. A propaganda enganosa da compra coletiva. 8. O abuso de poder econômico e a concorrência desleal da compra coletiva. 9. Das responsabilidades dos sítios eletrônicos de compra coletiva. 10. Conclusão. 11. Referências.

## 1. Introdução

A realidade da compra coletiva ainda é recente. Não existe uma previsão legal específica para essa modalidade no Código de Defesa do Consumidor e, tampouco, no Código Civil.

Além de tratar-se de um grupo de consumidores, temos a questão da venda eletrônica — isto é, o comércio eletrônico — que, igualmente, possui pouca legislação a respeito. Assim, para disciplinar o tema, algumas construções devem ser feitas. Entretanto, o relevante é que seja protegida a relação de consumo contra abusos e danos advindos da compra coletiva.

A compra coletiva constitui-se a partir de um sítio eletrônico que age como intermediário entre o fornecedor e o consumidor, propiciando elevados descontos desde que um número fixo de pessoas compre o produto ofertado.

Ademais, esses produtos são de uma elevada variedade: perfumes, viagens, corridas de kart, shows, peças de teatro, restaurantes, salões de beleza, centros de estética etc.

Os problemas surgem em dois momentos: quando o serviço não é prestado e no questionamento do preço em si, pois enseja a possibilidade de lesividade à concorrência na relação de consumo.

## **2. Conceito de compra coletiva**

A compra coletiva é conceituada como um sistema virtual de aquisição de um produto por um preço mais econômico do que o proposto pelo mercado.

Para tanto, estabelece-se um número mínimo de pessoas que devem adquirir um produto ou um serviço em determinado período. Usualmente, são cem pessoas que possuem 24 horas para adquirir a oferta.

A relação de consumo somente se efetiva quando do aceite do consumidor para com o contrato de prestação de serviço. Caso seja exaurido o prazo sem que se tenha atingido o número mínimo, a venda se dissolve e os consumidores terão de ser ressarcidos.

## **3. As condições de validade da compra coletiva**

Como já dissemos, é necessário haver um número mínimo de participantes — em geral, cem pessoas. Contudo, estas não são as únicas regras que devem ser observadas pelo consumidor. É necessário, também, atentar ao prazo para o consumo da oferta, visto que existe um período de validade da compra.

Existe a possibilidade de reembolso nos *sites*. Porém, na prática, o que se vê é o consumidor em contatos infundáveis com o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, sem qualquer tipo de solução jurídica, quiçá econômica, para a questão.

Ademais, aquele que deseja cancelar o serviço incorre no mesmo problema por recair na ineficiência da prestação jurisdicional. Em ambos os casos, o sítio de compra coletiva infringe o artigo 49 do CDC<sup>1</sup>, como salienta Nelson Nery Júnior:

---

<sup>1</sup> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação

O Código consagra o direito de o consumidor arrepender-se e voltar atrás em declaração de vontade que haja manifestado celebrando relação jurídica de consumo. O direito de arrependimento existe *per se*, sem que seja necessária qualquer justificativa do porquê da atitude do consumidor. Basta que o contrato de consumo tenha sido concluído fora do estabelecimento<sup>2</sup> comercial para que incida, plenamente, o direito de o consumidor arrepender-se. (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 480).

Na compra coletiva, não existe a análise física da proposta. As condições são obscuras, imiscuídas no contrato de adesão, que não é transparente. Logo, por entendimento extensivo, o dever de ressarcimento em caso de desistência do consumidor que se arrependeu da compra ou que não poderá usufruir do produto/serviço por motivos alheios é apropriado.

O sítio de compra coletiva não pode ludibriar o consumidor através do Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, prometendo soluções que nunca aparecem ou se concretizam. Isso quando o consumidor consegue ser atendido, pois os números fornecidos tendem a dar sinal de ocupado continuamente. Portanto, se considera-se: ou as reclamações se avolumam ou os números possuem problemas. Começamos a crer na primeira possibilidade.

#### **4. O Direito eletrônico e a previsão normativa na compra coletiva**

O Direito eletrônico ainda não possui uma normatividade ou um conjunto normativo eficaz no direito pátrio, o que enseja o ques-

---

de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

<sup>2</sup> Quando o consumidor pretende realizar compra e venda de consumo, normalmente faz cotação de preços, examina as especificações do produto pretendido, pesquisa as melhores bases para contratar, entre outros procedimentos acautelatórios. Feito isso, dirige-se a um estabelecimento comercial escolhido previamente, onde poderá efetivar a esperada compra e a venda de acordo com suas previsões, sabendo o que pode ser objeto do contrato de consumo a se realizar.

tionamento de validade acerca da compra coletiva, uma vez que o negócio é exclusivamente eletrônico.

O fato de um sítio eletrônico intermediar um negócio jurídico em nada obsta a aplicação da legislação protetória todo e qualquer contrato, como em uma relação civil. Dessa forma, a seara destinada a regular os comportamentos e as regras contratuais em si será a consumerista, pois se trata de uma prestação de serviço mediante contratação e pagamento.

## **5. O Código de Defesa do Consumidor e a normatização da compra coletiva**

De início, podemos equiparar o contrato de compra coletiva a todo e qualquer contrato de prestação de serviço e, portanto, sujeito às regras e condições do Código de Defesa do Consumidor.

Como afirma Maria Eugênia Finkelstein:

O desenvolvimento do comércio eletrônico traz à atenção de seu usuário o problema relacionado à proteção do consumidor nos contratos de consumo celebrados eletronicamente. Ao contrário do que se possa imaginar, o consumidor eletrônico não se encontra tão desamparado como poderá parecer à primeira vista. Isso se dá por dois motivos igualmente relevantes. O primeiro deles diz respeito à imediata aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consumo eletronicamente celebrados. [...] O segundo motivo diz respeito ao princípio geral da boa-fé que orienta nosso Direito como um todo, inclusive abrangendo as relações de consumo. Este princípio é, antes de tudo, um princípio de ordem moral, que deve orientar toda e qualquer relação humana. Significa que o Homem deve relacionar-se com outro Homem com sinceridade, lealdade e honestidade, de forma a não prejudicar os demais. Em sendo assim, o princípio geral da boa-fé possui aplicação tanto na celebração do contrato, como em sua execução e posteriormente (FINKELSTEIN, 2011, p. 221-222).

Assim, mesmo na ausência de uma legislação ao comércio eletrônico, nada obsta que a prestação jurisdicional seja executada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, Gonçalves afirma que:

Crescem, a cada dia, os negócios celebrados por meio da Internet. Entretanto, o direito brasileiro não contém nenhuma norma específica sobre o comércio eletrônico, nem mesmo no Código de Defesa do Consumidor. [...] No estágio atual, a obrigação do empresário brasileiro que dele se vale para vender os seus produtos ou serviços, para com os consumidores, é a mesma que o referido diploma atribui aos fornecedores em geral. A transação eletrônica realizada entre brasileiros está, assim, sujeita aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos aqui celebrados. (GONÇALVES, 2003, p. 117).

No Direito brasileiro, o conceito basilar é a boa-fé, ou seja, ninguém celebra um negócio jurídico com a finalidade precípua de ludibriar terceiros, obtendo vantagem indevida. Assim, o Código Civil vigente prevê a boa-fé nos contratos<sup>3</sup> como a presunção de que todos os contratos são feitos de forma lícita e para que ambos os envolvidos tenham vantagens na transação. Também o Código de Defesa do Consumidor, através do artigo 51, IV<sup>4</sup>, segue a mesma linha doutrinária<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “A boa-fé serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos – dever de correção, de cuidado e segurança, de insegurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas — e até como elemento de limitação e ruptura de direitos — proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior; do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana; e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado.” (PEREIRA, 2010, p. 18 e 19).

<sup>4</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

<sup>IV</sup> – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

<sup>5</sup> “A boa-fé que a Lei nº 8.078 incorpora é a chamada boa-fé objetiva, diversa da subjetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença de uma situação pela qual o detentor do direito acredita na sua legitimidade porque desconhece a verdadeira situação. [...]”

<sup>14</sup> a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, *grosso modo*, como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições

Em consonância com tal pensamento, então, é necessário estabelecer quem será o consumidor<sup>6</sup> (art. 2º) e quem será o fornecedor<sup>7</sup> (art. 3º) no caso da compra coletiva.

Quanto ao consumidor, não resta dúvida<sup>8</sup>, pois, como disciplina o parágrafo único no artigo 2º do CDC, será a coletividade<sup>9</sup> que adquiriu o produto proposto para consumo pelo sítio de compra coletiva<sup>10</sup>.

Já no tocante ao fornecedor, eis o problema: ao contrário do que os consumidores pensam, não se trata do sítio de compra coletiva,

---

contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças.” (NUNES, 2006, p. 520-521).

<sup>6</sup> Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

<sup>Parágrafo</sup> único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

<sup>A</sup> esse respeito, afirma Filomeno que: “O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.” (FILOMENO *apud* GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 26).

<sup>7</sup> Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>§1º</sup> Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

<sup>§2º</sup> Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

<sup>8</sup> A enumeração taxativa das pessoas legitimadas a inserir-se na categoria de consumidor restringe a inclusão de qualquer outra pessoa que não as elencadas como os “entes despersonalizados”. (DONATO, 1993, p. 72).

<sup>9</sup> Sobre este aspecto, Filomeno (*apud* GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 35) disciplina que esta coletividade seria a que busca a proteção jurídica contra danos na relação de consumo. Porém, compreendemos que, hodiernamente, essa mesma massa de consumidores agrupados por um interesse comum também pode ser titular de uma compra conjunta, situação não prevista à época de confecção do Código. Logo, temos uma outra interpretação do tema, de acordo e em conformidade com a realidade da compra coletiva.

<sup>10</sup> Como alerta Donato, não há direitos sem titulares. (DONATO, 1993, p. 73).

uma vez que este apenas age como intermediário entre o produto ofertado por um fornecedor e a aquisição pelo consumidor. Essa é a interpretação dos sítios que, inclusive, estipulam cláusula expressa eximindo-se de qualquer responsabilidade por se tratarem, meramente, de intermediários.

Se o serviço não for prestado de forma correta, quem deverá figurar no polo passivo de uma eventual ação? A resposta será o fornecedor e não o sítio eletrônico. Esse, porém, não é nosso posicionamento e trataremos do tema um pouco mais adiante.

### **5.1. Os requisitos de validade de um contrato de compra coletiva à luz do Direito Civil e do Direito do Consumidor**

Inspirados nos regramentos contratuais previstos no Código Civil, podemos deduzir a necessidade de alguns elementos para efetivar e conformar a compra coletiva como um contrato.

Primeiro, é necessário que exista e seja manifestada a vontade entre as partes. Nessa seara não resta dúvida, pois o objeto de venda está à disposição do consumidor, ainda que de forma parcial, como trataremos mais adiante.

Por outro lado, ao efetivar a compra, o consumidor também manifestou a sua vontade. Logo, a bilateralidade das vontades se consuma<sup>11</sup>.

Sobre o tema, Marques diz que:

Como primeira aproximação ao estudo da concepção tradicional de contrato vamos examinar a definição do grande sistematizador do século XIX, Friedrich von Savigny, segundo a qual o contrato é a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração

---

<sup>11</sup> “A Lei nº 8.078 rompe de vez com o princípio do *pacta sunt servanda*. Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada no brocardo latino. Esta, claro, continua a ter validade para as relações da órbita privada, mas não tem aplicação nas relações de consumo, mesmo quando for elaborada cláusula contratual negociada em separado.” (NUNES, 2006, p. 517).

de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes. (MARQUES, 2005, p. 53).

Desta definição, podemos extrair também os demais elementos necessários para um contrato: o livre convencimento das partes; as partes serem capazes de direitos e obrigações<sup>12</sup> (art. 4º, III, do CDC)<sup>13</sup>; a determinação de um preço justo<sup>14</sup> e um prazo estabelecido. Todos esses elementos estão presentes na compra coletiva. Senão vejamos.

O produto está à disposição para ser comprado, existe uma descrição mínima das suas condições de validade e temos, ainda, termos e condições de aplicabilidade e validade da relação que se estabelece a partir da compra do produto.

Ainda temos a questão do prazo estipulado para que o consumidor possa usufruir de sua compra. Logo, não se trata de um contrato por prazo indeterminado.

E, claro, instamencionar o elemento vinculativo do próprio contrato, isto é, ao comprar o produto, o consumidor se obriga a cumprir com as cláusulas previstas e, por outro lado, também tem direitos que devem ser respeitados pelo fornecedor.

<sup>12</sup> “O Princípio da equivalência contratual tem aplicação na lei consumerista, mas sempre com vistas à manutenção de um equilíbrio entre prestações e contraprestações em relação não só ao objeto, mas também às partes, na medida em que é o consumidor vulnerável e hipossuficiente.” (NUNES, 2006, p. 524).

<sup>13</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

<sup>14</sup> Art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifo nosso).

Sendo assim, no plano teórico, podemos dizer que se trata de um perfeito contrato de prestação de serviço, no qual o fornecedor se obriga a prestar um serviço em um prazo determinado e o consumidor se obriga a consumi-lo ou dele desfrutar mediante pagamento, em data igualmente limitada.

Somada ainda a questão da boa-fé, temos uma relação contratual, apesar de virtual, equiparada à relação civil e consumerista contratual tradicional.

## 6. Os problemas da compra coletiva

Em uma primeira análise, aparentemente não existiriam problemas a serem elencados por parte da transação da compra coletiva, uma vez que os requisitos contratuais consoantes com o CDC estão presentes.

Contudo, isso se reflete apenas em um olhar meramente superficial, pois os problemas surgem já na assunção e na confecção do próprio contrato de prestação de serviço.

Como a maioria dos contratos de consumo, o de compra coletiva é de adesão<sup>15</sup>, isto é, não existe negociação das cláusulas entre as partes: ou se adere na integralidade ou não se firma o negócio.

Assim, o consumidor, primeiramente, deve ler o contrato, o que, na realidade, a maioria já não faz. Aqui reside o primeiro engano comum dos consumidores: já que a compra coletiva é um contrato eletrônico, acredita-se que não exista um contrato físico. De fato, fisicamente não existe um contrato, mas ele deve existir e ser disponibilizado no próprio sítio eletrônico.

Em seguida, o consumidor deve verificar se, apesar de estarem presentes as cláusulas de adesão, estas não ferem o artigo 51, IV — isto é, se o contrato não possui as denominadas cláusulas abusivas<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar seu conteúdo.”

<sup>16</sup> “Na exposição de motivos do segundo substitutivo do Deputado Geraldo Alckmin

As cláusulas abusivas são aquelas que conferem uma vantagem excessiva e até mesmo indevida<sup>17</sup> ao fornecedor em detrimento do consumidor, a parte hipossuficiente<sup>18</sup> desta relação de consumo<sup>19</sup>. Assim, quando o contrato for considerado abusivo, ou tiver cláusulas nesta condição, poderá ser suscetível à nulidade do contrato e à indenização ao consumidor.

Outro problema deveras comum é a ausência da devida transparência<sup>20</sup> do

---

Filho, assim escrevi: 'o Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação, como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas'." (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 218).

<sup>17</sup> "Nesse sentido, cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, nº I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato. As cláusulas abusivas não se restringem aos contratos de adesão, mas a todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual." (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 489).

<sup>18</sup> "O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco." (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 54.)

<sup>19</sup> "A proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais. Além dessa circunstância, a impossibilidade de o aderente discutir as bases do contrato faz com que, no que respeita às relações de consumo, deva haver a necessária proteção contra cláusulas abusivas, que se originam amiúde das *cláusulas gerais dos contratos*." (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 452 e 453).

<sup>20</sup> "O princípio da transparência expresso no *caput* do art. 4º e traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos, e, também, gerará no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo." (NUNES, 2006, p. 115).

"Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões." (NUNES, 2006, p. 123).

contrato, com a explicação clara e cristalina das cláusulas nele contidas<sup>21</sup>.

Podem parecer folclore — contudo não o é — as famigeradas letras miúdas. A parte lesiva ao consumidor possui uma fonte de tamanho menor, justamente para dificultar a sua leitura e, assim, ludibriar o consumidor.

Da mesma maneira, o produto da compra coletiva contém uma gama de falhas em sua publicidade<sup>22</sup> ferindo, portanto, o artigo 6º, III, do CDC<sup>23</sup>.

É muito comum nos *sites* de compra coletiva, sem a necessidade de nominar este ou aquele, a oferta de pacote de viagem para uma cidade fora do Brasil. Na oferta, consta o nome do hotel, informa que a passagem aérea está inclusa e que o consumidor tem uma data limite para usufruir do pacote.

À primeira vista, não existem problemas. Entretanto, neste simples anúncio, uma série de abusos e falhas contra a relação de consumo estão presentes: 1) não se sabe a distância do hotel em relação ao centro; 2) não se sabe o que a companhia aérea fará em caso de motivo de força maior, *overbooking* ou cancelamento sumário do voo, sem disponibilidade para o período previamente imposto pela compra coletiva; 3) não é informado ao consumidor que, caso não seja encontrada uma data disponível para a viagem, a quantia paga será perdida. Ademais, na maioria das vezes, as datas escolhidas já estão preenchidas; 4) sobre as vagas, há outro problema. Supondo-se que cem pessoas comprem os pacotes, presumivelmente devem

---

<sup>21</sup> Art. 54, § 3º, do Código de Direito do Consumidor (CDC): “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

<sup>22</sup> Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços, etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.

<sup>23</sup> Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que se apresentem.”

existir, no mínimo, cem datas ou horários disponíveis. Caso contrário, haverá a lesividade consumada da relação contratual; 5) em nenhum lugar constam os dados exatos do fornecedor, como CNPJ, endereço, telefone para contato; 6) o contrato, em geral, é silente no tocante ao cancelamento; 7) não existe qualquer tipo de aviso ou multa por parte do sítio de compra coletiva no caso de o serviço do fornecedor não ser adequado ou consoante com o ofertado.

Citamos aqui alguns poucos exemplos de como se mascarar a relação de consumo e lesar o consumidor ao mesmo tempo. O mesmo exercício pode ser feito para uma gama de outros produtos e serviços ofertados pelo sítio de compra coletiva. Exatamente por isso, em matéria de jornal impresso de 22 de novembro de 2011, demonstra-se que o PROCON autuou alguns *sites* de compra coletiva. (ALMEIDA, 2011, p. 3B).

A compra coletiva parece, em um primeiro momento, a oportunidade de o hipossuficiente ter acesso a bens, materiais ou não, que não conseguiria pelas vias comuns. Assim, a compra coletiva se demonstra muito sedutora. Porém, como veremos, o que se mostra, de fato, é a consumação de uma autêntica propaganda enganosa.

## **7. A propaganda enganosa da compra coletiva**

O hipossuficiente que recebe a oferta de um produto advindo da compra coletiva não sabe, de fato, a real intenção do sítio eletrônico em disponibilizar tal produto.

A grande propaganda é que o desconto e o preço tão reduzido são resultado do elevado número de consumidores que irão adquirir o produto. Portanto, a negociação se torna viável em decorrência direta da quantidade. Por isso, quando o número de compradores não é atingido, o negócio se torna inviável.

Em realidade, não é bem assim que se processa o lucro do sítio de compra coletiva, pois não é apenas na quantidade e na negociação que o dinheiro aparece.

O sítio de compra coletiva foi concebido e desenvolvido como forma de obter lucro a partir de produtos que não tinham uma saída imediata no mercado. Logo, criou-se uma promoção a fim de incentivar os consumidores a “desencalhar” os produtos. E, evidentemente, uma comissão é destinada para o sítio pela divulgação do produto e sua consequente venda.

Em um momento posterior, como a demanda começou a superar a oferta, os sítios de compra coletiva abriram as oportunidades para que outros tipos de produtos e serviços fossem oferecidos. Assim, a prestação de serviços passou a ser abrangida.

No entanto, como funciona, de fato, o sítio de compra coletiva? O responsável pela negociação recebe uma comissão em caso da venda coletiva e pela consequente oferta do produto. Além disso, recebe um percentual da venda coletiva.

Ademais, é ilusão do consumidor crer que o preço ofertado seja muito menor do que o real. Em alguns produtos, especialmente no quesito viagens, a negociação coletiva é mais cara do que se o próprio consumidor negociasse com passagens e hospedagens diretamente com o mesmo hotel e com a mesma companhia aérea. Contudo, nada disso é repassado ao consumidor e, ao se omitirem dados importantes de um produto, das condições do estabelecimento ou da durabilidade do produto, o sítio de compra coletiva incorre nos artigos 37<sup>24</sup> e 66 do CDC<sup>25</sup>, configurando-se, portanto, a propaganda enganosa<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

<sup>25</sup> Art. 66 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.”

<sup>26</sup> “O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem um direito – de ordem pública – a não ser enganado, direito este agora adotado pelo direito brasileiro.

Outro erro provocado pelo sítio de compra coletiva é levar, erroneamente, o consumidor a crer que o *site* é o responsável, o garantidor da excelência da relação de prestação de serviços. Contudo, está claro nos contratos de adesão que o *site* declara ser um mero intermediário, eximindo-se, portanto, de toda e qualquer responsabilidade. Eis um exemplo típico de cláusula abusiva<sup>27</sup>.

Portanto, não pode o sítio eletrônico simplesmente eximir-se de responsabilidade, como se não soubesse de nenhum tipo de vício por parte do fornecedor, quando, de fato, foi exatamente o sítio que disponibilizou as informações e mais: este que entrou em contato com o fornecedor. Logo, deve, sim, figurar no polo passivo de uma ação indenizatória.

## 8. O abuso do poder econômico e a concorrência desleal da compra coletiva

Nesta seção, entraremos em seara complexa e conflituosa que envolve não apenas o consumidor como, também, os demais fornecedores que não os dos sítios de compra coletiva.

Ainda no campo dos abusos e lesividades cometidos pelo sítio de compra coletiva, temos dois aspectos pouco conhecidos do público: o abu-

---

<sup>Em</sup> linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganiosidade real, bastando a mera enganiosidade potencial ('capacidade de indução em erro'); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganiosidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixa de ser enganosa." (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 193).

<sup>27</sup> "O fenômeno da elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos possibilita aos empresários direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes – ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora.

Não é raro, portanto, que contratos de massa contenham cláusulas que garantam vantagens unilaterais para o fornecedor que as elaborou, diminuindo os seus deveres em relação ao consumidor, exonerando-o de responsabilidades, diminuindo assim seus riscos e minimalizando os custos de uma futura lide." (MARQUES, 2005, p. 159).

so do poder econômico e a concorrência desleal da compra coletiva. Afinal, se os fornecedores, de uma maneira geral, vendem o mesmo produto ou serviço com preços similares, não há por que haver uma disparidade tão acentuada em relação ao sítio de compra coletiva.

Ao reduzir o preço final para o consumidor, a concorrência está afetada em relação aos demais fornecedores que ofertam o mesmo produto ou serviço — uma lesividade à proteção constitucional expressa da livre concorrência através do art. 170, IV<sup>28</sup>.

E, nesse aspecto devemos conceituar concorrência<sup>29</sup>. Segundo Píneiro e Saddi:

Para que haja concorrência, é necessário que o mercado tenha um número suficientemente grande de produtores e consumidores de tamanhos não muito diferentes, agindo de forma independente. Isso faz com que nem vendedores nem compradores tenham *poder de mercado*, não sendo capazes de determinar, de forma unilateral ou coordenada, as condições com que bens e serviços são comercializados no mercado – em termos de preço, qualidade dos produtos e condições de venda, por exemplo. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 355).

Como destaca Nazar, não se deve confundir livre concorrência com abuso de poder ou concorrência desleal<sup>30</sup>:

Duas são as formas de concorrência repudiadas pelo direito: a concorrência desleal e o abuso de poder. A Constituição coíbe o

---

<sup>28</sup> CF. 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, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência.”

<sup>29</sup> “A ideia de regulamentação do poder econômico no Mercado tem origem em uma premissa socioeconômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 19).

<sup>30</sup> “Quando se fala em concorrência, a tendência é relacioná-la com a concorrência desleal – por sinal um grave erro que é facilmente constatado quando o agente que busca evidenciar a primeira concorrência termina por indicar a segunda.” (ROSA, 1996, p. 78).

abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (Constituição Federal, art. 173, § 4º). Os prejuízos à livre concorrência estão elencados na Lei nº 8.884/1994, em seu art. 20. (NAZAR, 2009, p. 63).

Através da baixa forçada do preço, o sítio de compra coletiva altera, artificialmente, o valor de mercado do produto ofertado, ocasionando, portanto, uma lesividade aos demais fornecedores.

Tratamos, portanto, de três coisas distintas: quando os fornecedores concorrem entre si, dentro dos limites da lisura, tem-se a concorrência; quando um fornecedor ou um grupo de fornecedores manipulam o preço do serviço ou do produto para, por conseguinte, dominarem o mercado, temos a concorrência desleal; por fim, a imposição de um preço por parte do fornecedor sem que o consumidor tenha possibilidade de flexibilização caracteriza o abuso do poder econômico.

Sobre abuso do poder econômico, Sayeg:

O consumidor, não possuindo ingerência sobre os bens de produção, bem como sobre a disposição dos bens ou serviços colocados no mercado, não tem o poder que o fornecedor isoladamente tem, de intervir da oferta e da procura existente entre ambos. (SAYEG, 1995, p. 73).

Assim, ao se tratar de concorrência, abuso de poder econômico e concorrência desleal, temos de submeter o tema à consonância do artigo 1º da Lei nº 8.884<sup>31</sup>, de 11 de junho de 1994<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> “A eficácia da Lei Antitruste reflete de imediato suas conseqüências nas relações de consumo. A livre concorrência, a devida informação e o repúdio aos monopólios atuam diretamente na vida de todos os consumidores. Sendo inclusive destacável a isonomia constante da Constituição Federal, ao elevar tanto a defesa do consumidor e a livre concorrência a Princípios Gerais da Atividade Econômica.” (JORGE, 2011, p. 445).

<sup>32</sup> Art. 1º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

Segundo Filomeno, fica claro que a proteção e o incentivo às práticas leais de mercado interessam aos próprios fornecedores. (FILOMENO *apud* GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 78). Desse modo, podemos elencar as responsabilidades da concorrência desleal para os sítios de compra coletiva através do art. 20 da Lei nº 8.884/94:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

O efeito é que a responsabilidade não é apenas da empresa que constitui o sítio eletrônico de compra coletiva, mas, também, de seus sócios, como disciplina o artigo 16 da mesma lei<sup>33</sup>.

Importante destacar que o abuso do poder econômico e a concorrência desleal, neste tema em específico, não ocasionam reflexos para os consumidores, porém afetam diretamente as relações de mercado entre os sítios de compra coletiva e os demais fornecedores de produtos ou serviços similares — mas com preços elevadamente diferentes e que não podem concorrer com as ofertas econo-

---

<sup>33</sup> Art. 16. “As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”

micamente muito menos custosas da compra coletiva. De tal sorte que o abuso de poder econômico pode e deve ser coibido, como salienta Nelson Nazar:

Abuso de poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. (NAZAR, 2009, p. 79).

Sobre o tema, como se trata de relação entre fornecedores, não há que se falar em Código de Defesa do Consumidor e sim das normas e regulamentações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, presente e previsto também na Lei nº 8.884/94 nos artigos 3º e seguintes.

O principal elemento a ser protegido na configuração do abuso do poder econômico é a limitação do livre mercado e, por conseguinte, da concorrência, pois, quando existe uma fixação, um conluio de um grupo de empresas para reduzir o preço final de um produto ou serviço, não há estímulo da concorrência e, sim, uma concorrência desleal<sup>34</sup>.

## 9. Das responsabilidades dos sítios eletrônicos de compra coletiva

Em que pese a previsão expressa na maioria dos contratos de compra coletiva de que o *site* é um mero intermediário e que a relação de consumo se processa diretamente entre o consumidor e o fornecedor do produto ou do serviço, o nosso entendimento é de que a empresa de compra coletiva poderá, sim, figurar no polo passivo de uma ação de indenização por reparação de danos, por ter uma responsabilidade objetiva.

Sobre o tema, Dias e Prado afirmam que:

---

<sup>34</sup> “O tema ‘abuso do poder econômico’ está ligado a conceitos estruturais do Direito Econômico. É uma conduta prejudicial ao mercado, decorrente de acordo entre empresas, que agem em conluio, impedindo, falseando ou limitando a concorrência, dessa forma há a inviabilização da competição; são práticas restritivas, e há também as práticas monopolistas consistentes na exploração abusiva de uma posição dominante sobre o mercado ou parte substancial dele.” (NAZAR, 2009, p. 80).

A responsabilidade objetiva é dividida em duas espécies, sendo uma a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço – que deriva de danos causados pelo produto ou serviço, também denominado “acidentes de consumo”, ou seja, qualquer acidente provocado por serviços ou produtos que causem danos ao consumidor —, e outra a responsabilidade por vícios dos produtos ou serviços — que se refere a fatos inerentes a vícios dos produtos ou serviços, que os tornem impróprios ou inadequados ao uso a que se destinavam originalmente. (DIAS; PRADO, 2011, p. 418).

Dessa maneira, em consonância com os artigos 12 a 17 do CDC, o fornecedor responde por responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores, por vícios de informação ou, ainda, por defeitos relativos à prestação do serviço<sup>35</sup>.

Segundo Nery Junior e Nery:

A responsabilidade civil no CDC se assenta no risco da atividade do fornecedor em face do consumidor, tanto pelo aspecto contratual quanto pelo aspecto extracontratual. Tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a decorrente dos vícios do produto ou serviço (CDC 12, 14, 18 e 19) se estribam na teoria objetiva<sup>36</sup>. O fundamento do dever de indenizar, aqui, é o risco da atividade: por isso a responsabilidade objetiva se aplica a todas as hipóteses decorrentes de danos experimentados pelo consumidor em decorrência de relação jurídica de consumo. (NERY JUNIOR; NERY, 2011, p. 799).

No mesmo sentido, afirma Gonçalves:

O Código de Defesa do Consumidor, atento a esses novos rumos da responsabilidade civil, também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, relações entre produtores, comerciantes e prestado-

---

<sup>35</sup> “Em se tratando de responsabilidade do fornecedor, e, principalmente no que tange aos direitos transindividuais, a adoção da responsabilidade objetiva se torna uma necessidade.” (JORGE, 2011, p. 483).

<sup>36</sup> “O sistema da responsabilidade civil objetiva adotado pela Lei nº 8.078/90, em função do sistema constitucional posto, é o que melhor atende aos problemas da sociedade brasileira, onde o consumo é efetivado através de publicidades agressivas e a qualidade dos produtos ainda deixa muito a desejar.” (CASADO, 2011, p. 623).

res de serviços, em um pólo, e compradores e usuários dos serviços, no outro. (GONÇALVES, 2003, p. 389).

E não há que se falar sequer em caso fortuito ou força maior, pois estes são excludentes da responsabilidade civil *subjetiva*. Logo, alienígena à relação de consumo, pois não há discussão de culpa, uma vez que a responsabilidade objetiva independe da aferição de culpa<sup>37</sup>.

E, de acordo com o nosso entendimento, a aplicação é extensiva ao sítio de compra coletiva. E de mesma sorte tem-se a responsabilidade objetiva do sítio de compra coletiva ao infringir o artigo 20 da Lei nº 8.884/94 com o abuso do poder econômico e a prática de concorrência desleal.

## 10. Conclusão

É possível verificar que a compra coletiva não produz problemas apenas aos consumidores, como também aos fornecedores. Resta saber até quando essa modalidade de venda perdurará na realidade jurídica, pois a somatória de ações contra os sítios de compra coletiva podem, muito em breve, inviabilizar sua existência.

O fato é que a matéria ainda é nova, tanto no âmbito do CDC quanto em termos de concorrência, uma vez que, nesta seara, o comum é se tratar de casos em que o preço subiu por abuso de poder econômico, porém, ainda não em casos de baixa do preço por compra coletiva.

Se o direito digital e eletrônico ainda possui uma vasta lacuna normativa, o que dizer do direito concorrencial às avessas? Entretanto, nada obsta a sua responsabilização, seja por danos ao mercado e aos demais fornecedores, seja por danos aos consumidores.

---

<sup>37</sup> “No regime da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, regulado pelo CDC, não há lugar para as causas ou cláusulas de exclusão dessa responsabilidade. O caso fortuito e a força maior não excluem o dever de indenizar porque são circunstâncias que quebram o nexo de causalidade na *conduta* do agente. Só são válidas para excluir a responsabilidade *subjetiva*, mas não a objetiva. Como o sistema do CDC é fundado na responsabilidade objetiva, não se aplicam, aqui, o caso fortuito e a força maior como excludentes do dever de indenizar. Caso fortuito e força maior excluem a culpa, elemento estranho e irrelevante para a fixação do dever de indenizar no regime do CDC.” (GRINOVER; NERY JUNIOR, 1991, p. 469).

## 11. Referências

ALMEIDA, Marília. Procon autua sites de compra coletiva. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 22 nov. 2011. Caderno Seu Bolso, p. 3B.

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2012.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no CDC – justificativas, precedentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. IV.

DIAS, José Luiz Pires de Oliveira; PRADO, Patrícia Pontes Passarelli. Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor: um outro ponto de vista. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. IV.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

JORGE, Flávio Cheim. Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson;

NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. IV.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. III.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

ROSA, Josimar Santos. *A concorrência desleal no direito brasileiro*. 1996. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Práticas comerciais abusivas: monopólio x consumo, abuso do poder econômico, responsabilidade civil e penal*. Bauru: Edipro, 1995.

Artigo recebido em: 19/06/2012.

Artigo aprovado em: 24/04/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140023



## FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

WILSON MEDEIROS PEREIRA

Juiz Federal

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil

wilson.medeiros@trf1.jus.br

### 1. Introdução

No meio jurídico tornou-se debate recorrente o tema da relativização da coisa julgada.

Conceitualmente, coisa julgada é entendida como sentença pautada pela característica da imutabilidade. Do ponto de vista legal, o art. 467 do Código de Processo Civil – CPC denomina coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a decisão, não mais sujeita a recursos.

Estribada em pensamentos destinados a evitar graves injustiças, vem ganhando corpo a teoria da relativização da coisa julgada.

O presente trabalho tem por escopo pontuar alguns desdobramentos desta teoria na seara do direito tributário, notadamente os contornos do previsto no parágrafo único do artigo 741 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.232/2005.

## 2. Teoria da relativização da coisa julgada

De início, é válido pontuar que existem diversas formas de relativizar a coisa julgada. Existem aquelas previstas em lei, denominadas de formas típicas, e as decorrentes da construção doutrinária, cognominadas de formas atípicas. Estas provocam grandes debates.

Como formas típicas, citam-se a ação rescisória (CPC, art. 485), a revisão criminal (CPP, art. 621), a *querela nullitatis* (arts. 475-L, I e 741, I, CPC). No último caso, a decisão judicial está contaminada por vícios transrescisórios.

Conforme Daniel Assumpção (NEVES, 2011, p. 475), há duas espécies atípicas de relativização da coisa julgada: a) coisa julgada inconstitucional e b) coisa julgada injusta inconstitucional.

Na primeira, tem-se uma decisão baseada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF. A segunda encontra-se nas decisões que produzem grandes injustiças, em contraposição ao Estado democrático de direito.

Na perspectiva pátria, esta teoria teve como precursor o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, José Augusto Delgado, para quem a coisa julgada é uma entidade de direito formal figurando em patamar inferior aos princípios de moralidade, legalidade e de realidade das coisas. Além disso, pondera o ministro:

Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual. (DELGADO, 2003, p. 51).

Os processualistas Humberto Theodoro Júnior, Juliana de Cordeiro Faria e Cândido Rangel Dinamarco, com variações nos argumentos, também advogam a tese da possibilidade de flexibilizar a coisa julgada. Aduzem que a força normativa da constituição pressupõe a invalidade dos atos que contrariem os seus preceitos, inclusive os atos produzidos pelo Poder Judiciário.

De acordo com Dinamarco, o sistema repudia decisões “agressivas à inteligência e aos sentimentos do homem comum, sendo um absurdo eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas”. (DINAMARCO, 2001a, p. 36).

### 3. Casos emblemáticos que sustentam a teoria da relativização

A tese dos relativistas toma fôlego principalmente, talvez a situação mais emblemática, nas ações de paternidade que foram julgadas sem a realização de exame de DNA.

Em um caso concreto, datado de 2001, a 4ª Turma do STJ, em discussão sobre exame de DNA, admitiu a relativização da coisa julgada, ao argumento de que a justiça tem de estar acima da segurança. *Ex vi*:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – [...]

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das

relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade.

IV – [...] (BRASIL, 2002).

Outros casos famosos que embasam a teoria são as ações de desapropriação, notadamente porque envolvem o direito de propriedade tanto do particular quanto do poder público e a moralidade administrativa, todos direitos com guarida constitucional.

Em questão de exame de DNA, processualistas de renome sugerem a aplicação da técnica “coisa julgada *secundum eventum probationis*”, tal como se dá nas ações envolvendo direitos coletivos e difusos<sup>1</sup>.

Noutra perspectiva, a propósito do exame do DNA, Marinoni e Arenhart sugerem uma ampliação do significado de “documento novo” no sentido de autorizar a propositura da ação rescisória, contando-se o prazo decadencial a partir do momento de obtenção do aludido exame (MARINONI; ARENHART, 2006).

O Ministro Luiz Fux, em voto-vista no RE nº 363889/DF (Informativo 631/STF), acompanha em termos o pensamento de Marinoni, bem como aborda a problemática da relativização da coisa julgada declinando as três subdivisões da discussão.

É que encontram-se, em tese, inseridos no grande rol de questões relacionadas à relativização da coisa julgada material temas com perfis sutilmente diversos. Deveras, nesse rol se encaixam, por exemplo, as seguintes hipóteses (i) o ataque a decisões transitadas em julgado não por conta apenas de uma interpretação jurídica, mas em razão da superveniência, dado o avanço da tecnologia de meios de prova inexistentes à época da decisão, que, dependendo do resultado que se possa deles extrair para instrução da causa, conduziriam a conclusão diversa na decisão anterior [...] (ii) puro e simples questionamento de decisões transita-

---

<sup>1</sup> Como é cediço, na seara da coisa julgada *secundum eventus probationis*, é mister verificar os fundamentos da sentença. Assim, o juiz deve esclarecer que a decisão se deu por ausência de provas. Problema surgirá se o julgador não fizer este esclarecimento.

das em julgado que já se chocassem, por uma pura interpretação de direito a ser realizada pelo julgador no caso concreto [...] (iii) impugnações de decisões transitadas em julgado na fase de execução de condenações de pagar quantia certa, quando a lei em que havia se fundado a decisão exequenda tiver a respectiva constitucionalidade rejeitada em decisão do Supremo Tribunal Federal [...]

Em outras palavras, a harmonização entre os princípios constitucionais da segurança jurídica, de um lado, e do direito fundamental à filiação e da garantia da assistência jurídica aos desamparados, de outro, consiste na aplicação analógica do marco inicial *flexibilizado* para o ajuizamento da ação rescisória, que não pode permanecer rigidamente contado da data do trânsito em julgado. Ao contrário, o marco para a contagem dos dois anos deve poder ser alterado quando demonstrado pelo autor, argumentativamente, que não pudera ajuizar, anteriormente, a demanda, pela impossibilidade prática de obtenção do exame de DNA. Desta forma, é apenas da data da possibilidade prática de obtenção do DNA que deve ser contado o referido prazo, pois apenas nesse momento que se mostra possível o exercício, *in concreto*, do direito à tutela jurisdicional efetiva, de modo que, apenas nessas condições, a omissão em fazê-lo poderá ser imputada à própria parte. (BRASIL, 2011a).

Em síntese, o ministro concorda com a relativização no de exame de DNA, a partir da ponderação, haja vista estarem em jogo os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à filiação e da segurança jurídica.

#### **4. Segurança jurídica: fragilidade da teoria da relativização**

Os argumentos favoráveis são deveras sedutores, sobretudo quando invocam o predomínio da justiça ou buscam obstaculizar a eternização de injustiças.

Entretanto, a grande dificuldade é estabelecer o que se entende por justiça ou grave injustiça. O instituto perfaz conceito aberto. Cada indivíduo tem uma conotação do que seja justo. Questiona-se se tão falada justiça da decisão será objeto de análise na visão do julgador,

da parte vencida, da parte vencedora, da sociedade ou de uma espécie de *amicus curiae*. Quaisquer desses que forem ouvidos terão uma perspectiva, uma vez que o significado é valorativo. Por conseguinte, soa demasiadamente temerária a fragilização de uma decisão transitada em julgado em razão de suposta injustiça.

E mais, essa relativização atípica pode gerar desdobramentos curiosos em sede de organização do Poder Judiciário e distribuição de competência. Os críticos da tese citam a possibilidade de uma decisão do STF transitada em julgado ser relativizada (ou afastada) por uma decisão de juiz de 1º grau.

Além disso, a aludida relativização poderia gerar uma eterna relativização, por não se estabelecer qual seria o limite. A seguir este entendimento, uma decisão relativizada poderia sofrer outra relativização e assim sucessivamente, em completa desarmonia com a segurança jurídica. É o que Araken de Assis denomina de “vírus do relativismo”. (ASSIS, 2006, p. 36).

Alguns autores rebatem as críticas dos seguidores da teoria da relativização aduzindo que, em homenagem à segurança jurídica, deve prevalecer o mal menor. Em outras palavras, é menos pior manter uma decisão injusta do que quebrar a segurança jurídica.

É o que pensa José Carlos Barbosa Moreira:

A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças eivadas de vícios muito graves, a subsistência indefinida da impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor se pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um preavalecimento definitivo do erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor. Daí a fixação de prazo para a impugnação; decorrido certo lapso de tempo, a sentença torna-se imune a qualquer ataque. É o que acontece na generalidade dos ordenamentos contemporâneos. (MOREIRA, 1999, p. 214).

Como é cediço, a intangibilidade da coisa julgada goza de natureza constitucional. Transmudar a garantia da coisa julgada ao plano infraconstitucional é diminuir a problemática da relação entre segurança e justiça.

A segurança jurídica tem por função a igualdade, isto é, para todos os contribuintes haverá um mesmo tratamento, até para aqueles que não ingressaram com pedido no Poder Judiciário.

É de bom alvitre desmembrar coisa julgada do conceito de justiça. São situações díspares. Assim pontua Luiz Fux:

[...] a coisa julgada não tem compromisso nem com a justiça nem com a verdade. Seu compromisso é com a pacificação, estabilidade e segurança sociais, em um dado momento em que é preciso ter a palavra definitiva. (BRASIL, 2011a).

Na seara tributária, a previsão do art. 146 do Código Tributário Nacional aduz que a mudança dos critérios administrativos tem efeitos futuros. *Ex vi*:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. (BRASIL, 1966).

Por outro lado, o raciocínio de que o STF já permitia a relativização da coisa julgada, conforme Súmula nº 239 (“Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”), não merece prosperar. Na verdade esta súmula alcança os fatos geradores e não a previsão abstrata da norma, daí sua aplicação apenas ao exercício respectivo.

Nesse sentido, colhe-se do voto do Ministro Castro Nunes:

O que é possível dizer, sem sair, aliás dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de limitar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento

que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento não estará obstada pelo julgado. [...]

Mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação, da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou – em qualquer desses casos poderá ser rescindido por meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança. (BRASIL, 1945).

## **5. Desdobramentos no direito tributário: possíveis interpretações do parágrafo único do artigo 741 do CPC**

Na seara do direito tributário, o tema ficou mais palpitante com alteração feita no CPC pela Lei n. 11.232/2005.

Diz a atual redação do parágrafo único do artigo 741 do CPC:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei nº 11.232/2005)

II - inexigibilidade do título;

III a VII – *omissis* [...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005). (BRASIL, 1973).

Esta previsão enseja diversas análises<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> O STF reconheceu a repercussão geral deste parágrafo único (RE nº 611.503/SP Min Ayres Brito).

## 5.1. Questão intertemporal

Em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, os dispositivos nos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do CPC<sup>3</sup>, aplicam-se às situações constituídas após sua entrada em vigor.

Pontuando este entendimento, decidiu o STJ no Resp nº 1.049.702-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/3/2009 (Informativo STJ 387):

EXECUÇÃO. TRANSITO EM JULGADO. MP. N. 2.180-35/2001.

A Turma entendeu que o parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela MP n. 2.180-35/2001, apesar de ter caráter de norma processual, não pode ser aplicado retroativamente, submetendo-se ao princípio do art. 5º, XXXVI, da CF/1988 (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). Assim, só se admite a sua aplicação à sentença com trânsito em julgado ocorrido posteriormente à sua vigência. Contudo, no caso, embora a norma processual seja anterior ao trânsito em julgado, somente após este é que o STF declarou constitucional o art. 20, I, da Lei n. 8.880/1994 (RE 313.382-SC). O objetivo da norma contida no art. 741, parágrafo único, do CPC é evitar que títulos judiciais incompatíveis com a constituição sejam executados. Ainda entendeu que não se pode prestigiar a interpretação que adota a relativização da coisa julgada, levando-se em conta a data da interposição dos embargos de devedor, sem observar a data da decisão do STF, se posterior ao trânsito em julgado. Na hipótese, a suprema corte afastou a incerteza quanto à inconstitucionalidade, ao proclamar constitucional o art. 20, I, da Lei n. 8.880/1994, ou seja, desde o seu nascedouro e até antes do pronunciamento da corte maior era de absoluta normalidade para com o ordenamento jurídico. (BRASIL, 2009).

O juízo de ilicitude deve ser feito na época em que a decisão foi tomada. Exemplificando, quando a decisão considerada inconstitucional foi tomada, a interpretação do STF já deveria ser diferente. É o que Fred Didier denomina de “defeito genético”. (DIDIER; CUNHA, 2007).

<sup>3</sup> Este § 1º apresenta sentido similar ao do parágrafo único do art. 741.

Do contrário, estabelecer-se-ia uma insegurança total, além de frustrar a confiança do cidadão/contribuinte. A garantia da segurança jurídica é inerente à necessidade de estabilidade do regime democrático. Nas palavras de Luiz Fux, o princípio da proteção da confiança seria o próprio postulado da segurança jurídica em sua dimensão subjetiva (BRASIL, 2011b)<sup>4</sup>.

É fácil imaginar, por exemplo, a situação em que os tribunais inferiores, ou o próprio STF em decisões isoladas, vêm decidindo em um certo sentido. Decorridos alguns anos, o STF muda o entendimento.

Todas as decisões tomadas anteriormente a este novo entendimento, ainda que contrárias a ele, não são inconstitucionais, pois na época não havia tal parâmetro<sup>5</sup>.

## 5.2. Instrumentos processuais adequados

No tocante aos instrumentos utilizados pela parte, Araken de Assis entende que isso pode ocorrer por exceção de executividade. Para outros, devem ser aviados os embargos à execução. Esta perspectiva encontra barreira nas execuções fiscais, em face da exigência de garantia do juízo. (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980).

## 5.3. Espécies de decisões do STF e modos de controle de constitucionalidade compatíveis com a sistemática do parágrafo único do art. 741 do CPC

As decisões do STF compatíveis com o parágrafo único do artigo 741 do CPC são aquelas que transcendem os interesses das partes; que têm reconhecimento de repercussão geral; para as quais exista

---

<sup>4</sup> Isto não é pacífico. Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro dizem que, no bojo dos embargos à execução, o juiz poderia, mesmo sem prévio pronunciamento do STF, recusar a execução da sentença que contrariasse preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado se tenha verificado.

<sup>5</sup> Diferente do argumento defendido neste trabalho, no caso da COFINS, o STF percorreu análise contrária. Por um longo período, o STJ adotava uma interpretação da LC nº 70/1991 no tocante à incidência da Cofins sobre o faturamento de contribuintes de profissões regulamentadas, chegando a editar a Súmula nº 276. Tempos depois, o STF declarou que o tributo era devido e não promoveu nenhuma modulação dos efeitos da decisão.

súmula; são, ainda, as decisões em ADI/ADPF/ADECON ou as oriundas do controle difuso após a resolução do Senado Federal.

Quanto ao modo de controle, pode ser o controle com redução ou sem redução de texto ou ainda a interpretação conforme.

Como é cediço, as decisões com eficácia *ex nunc* não podem ser aplicadas a este dispositivo processual.

O novo projeto de CPC adota esta linha de pensamento. PCPC: Art. 540, § 4º: considera inexigível quando há controle concentrado, repercussão geral ou súmula do senado federal.

## 6. Considerações finais

O direito é dinâmico e a lei deve acompanhar a evolução da sociedade. Mas a atualização não pode retirar direitos já adquiridos ou desbancar as situações jurídicas devidamente reconhecidas em decisões judiciais.

A variação dos entendimentos jurisprudenciais traz enormes instabilidades aos cidadãos. A estabilidade das relações jurídicas deve ser encarada como mecanismo essencial em um Estado Democrático de Direito. E a coisa julgada se figura como um destes instrumentos.

A garantia da coisa julgada se amolda também, ainda que reflexamente, no princípio-matriz da Constituição da República de 1988, fundamento da República, a dignidade da pessoa humana. Como se sabe, a dignidade da pessoa humana pressupõe uma certeza de que o projeto de vida adotado por um indivíduo não será alterado a momento algum. Não se pode colocar em xeque a certeza de continuidade de seus planos de vida.

As previsões do parágrafo único do art. 741 CPC, se aplicadas sem nenhum contorno, poderão gerar instabilidades no meio social.

Assim sendo, é plausível que estes permissivos de revisitação de coisa julgada tenham como parâmetro o respeito às expectativas geradas na sociedade, sobretudo quando advindas de decisões judiciais.

## 7. Referências

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: JusPodivum, 2006.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.049.702-RS, Segunda Turma, Rel.: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 17 de março de 2009. *Dje*, 27 maio 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1049702&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1049702&b=ACOR)>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 226436, Quarta Turma, Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, 28 de junho de 2001. *Dje*, 4 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900714989&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 363889/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 2 de junho 2011. *Dje*, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28363889%2ENU-ME%2E+OU+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jun. 2012. (2011a)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633703/MG, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 23 de março de 2011. *Dje*, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28633703%2ENUME%2E+OU+633703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jun. 2012. (2011b)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Agravo de Petição n. 11227, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Castro Nunes, Brasília, DF, 5 de junho de 1944. *DJ*, 10 fev. 1945. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2811227%2ENUME%2E+OU+11227%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Meio Jurídico*, ano IV, n. 43, mar. 2001a.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material II. *Meio Jurídico*, ano IV, n. 44, abr. 2001b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. A questão da relativização da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2609, 23 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17242>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140024





4

Direito  
Coletivo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE CONTROLE  
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

**POPULAR ACTION: AN INSTRUMENT TO CONTROL  
ADMINISTRATIVE NORMS**

BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

bpaiva@mpmg.mp.br

**RESUMO:** A ação popular, oriunda do direito romano, deve ser encarada como um meio eficaz de defesa do patrimônio público em face dos abusos cometidos pelos gestores estatais. Foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1934, por ocasião da promulgação da Carta Magna. O instituto goza de proteção constitucional (artigo 5º, inciso LXXIII) e foi contemplado pela Lei Ordinária nº 4717/65. A Constituição de 1988, ao tratar da matéria, trouxe algumas inovações, mormente no que toca à possibilidade de serem anulados atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Conforme se depreende da lei supramencionada, a palavra cidadão é interpretada sob o ângulo formal, contudo, há doutrinadores que, acertadamente, discordam dessa visão e propõem a ampliação da exegese a fim de proporcionar maior eficácia ao remédio processual. A ação popular é, sobretudo, um instrumento de cidadania capaz de fiscalizar a administração pública, isso porque o administrado tem a oportunidade de agir na hipótese de iminente ou efetiva lesão aos bens difusos e coletivos. Reputa-se necessário demonstrar o liame existente entre o tema proposto e o princípio constitucional da eficiência, uma vez que

tal postulado, em determinadas situações, pode ser utilizado como fundamento de direito público pelo autor da lide. A jurisprudência traz importantes reflexões sobre o assunto, como a não aplicação do instituto aos atos de cunho jurisdicional e a manifestação da lesão, de maneira presumida, desde que legalmente prevista. Diante desses aspectos, afirma-se que a sociedade moderna está vigilante e, cada vez mais, procura controlar os atos dos poderes constituídos, no intuito de proteger, diretamente, o interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação popular; instrumento de cidadania; proteção constitucional; Lei nº 4717/65; princípio da eficiência.

**ABSTRACT:** The popular action, derived from Roman law, must be seen as an effective means of defense of the public in the face of abuses committed by state agents. It was inserted into the Brazilian legal system in 1934, on the occasion of the promulgation of the Constitution. The institute enjoys constitutional protection (Article 5, paragraph LXXIII) and was contemplated by the ordinary Law No. 4717/65. The Constitution of 1988, when addressing the matter, brought some innovations, especially as regards the possibility of canceling acts harmful to administrative morality, the environment and cultural heritage. As can be seen from the above mentioned law, the word citizen is interpreted in a formal way; however, there are scholars who rightly disagree with this view and propose the expansion of exegesis in order to provide greater efficiency to the legal remedy. The class action is primarily an instrument of citizenship able to supervise the public administration, because it gives the opportunity for the managed to act in the event of imminent or actual damage to diffuse and collective property. It is considered necessary to show the bond between the proposed theme and the constitutional principle of efficiency, since this postulate, in certain situations, can be used as the foundation of public law by the author of the dispute. The jurisprudence brings important reflections on the subject, for instance, the non-applicability of the institute to acts of judicial nature and the manifestation of the injury, so presumed, so far as legally provided. Considering these aspects, it is argued that modern society is vigilant and, increasingly, seeks to control the acts of the constituted powers, in order to safeguard directly the public interest.

**KEY WORDS:** Popular action; instrument of citizenship; constitutional protection; Law No. 4717/65; principle of efficiency.

**SUMÁRIO:** 1. Nascedouro da ação popular. 2. Evolução histórica do instituto nas Constituições brasileiras. 3. Conceito de ação popular. 4. A Lei nº 4.717/65 à luz do fenômeno da recepção. 5. Ação popular na Carta Constitucional de 1988. 6. Ação popular como instrumento de cidadania. 7. Questões processuais. 7.1. Sujeito ativo e passivo. 7.2. Objeto da demanda popular. 7.3. Competência. 7.4. Liminar na ação popular. 7.5. Matéria probatória. 7.6. A atuação do Ministério Público. 7.7. Características da sentença judicial. 7.8. Custas judiciais e ônus de sucumbência. 7.9. Prescrição. 7.10. Recursos. 8. O princípio da eficiência e seu liame com a ação popular. 9. Distinções entre ação popular e ação civil pública. 10. Ação penal popular. 11. Ação popular e sua visão jurisprudencial. 12. Conclusão. 13. Referências.

## 1. Nascedouro da ação popular

A ação popular, certamente, é um dos valiosos legados deixados pelos romanos para o direito.

Para a definição do instituto, havia a exigência de se demonstrar o interesse direto e pessoal exercido pelo titular do direito. Todavia, contemplava-se também uma exceção a essa diretriz, ou seja, através das *actiones populares* os cidadãos buscavam fins não individualistas, mas sim coletivos.

O vínculo existente entre o cidadão e a *res publica* era calcado na ideia de que a última pertencia aos cidadãos romanos. Assim, protegiam-se os valores mais elevados da comunidade romana.

Conforme ensinamento do doutrinador José Afonso da Silva, os textos romanos qualificam de populares diversas espécies de ações. Exemplifica-se:

- a) Ação de *sepulchro violato*, concedida pelo pretor ao interessado no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa. Se não houvesse interessado, ou este não quisesse agir, a ação

seria conferida a qualquer um, para provocar uma condenação em cem áureos: *Haec actio popularis est*, diz o texto;

b) Ação de *albo corrupto*, por meio da qual se impunha uma multa de quinhentos áureos a quem dolosamente alterasse o *album*, isto é, o edito com que o pretor, ao assumir o cargo, declarava de que modo faria observar a lei. (SILVA, 2007, p. 21-22).

Já no direito contemporâneo, salienta-se que o primeiro exemplo de uma ação popular foi visto na Bélgica, mais especificamente com a Lei Comunal, de 30 de março de 1836.

## 2. Evolução histórica do instituto nas Constituições brasileiras

No Brasil, a ação popular foi introduzida na ordem jurídica por força do inciso 38 do artigo 113 da Constituição de 1934, a saber: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934).

Depois de eliminada pela Carta Política de 1937, a ação reapareceu no ordenamento constitucional de 1946. Aumentou-se a seara de atuação do instituto, uma vez que foram incluídos os atos lesivos ao patrimônio das autarquias e das sociedades de economia mista.

Sob a égide da Constituição democrática de 1946, surgiu a norma que regulamentou o procedimento da demanda popular, qual seja, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. O artigo 150, § 31, da Constituição Federal de 1967, preconizava:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, [...].

§ 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. (BRASIL, 1967).

Nota-se na redação a inovadora expressão genérica “patrimônio de entidades públicas”, sendo certo que o dispositivo supracitado foi conservado na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Hoje, inserida no rol das garantias fundamentais e arraigada em princípios democráticos, a ação popular é considerada uma ferramenta útil e robusta colocada à disposição dos cidadãos. Sua finalidade, em última análise, relaciona-se ao dilatado controle dos atos praticados pelo poder estatal.

### **3 Conceito de ação popular**

Num primeiro momento, antes de se examinarem as múltiplas faces do instituto, é preciso conceituá-lo. A definição há de ser extraída do texto constitucional vigente, bem como da Lei nº 4.717/65.

De acordo com o conceito do renomado autor Hely Lopes Meirelles, a ação popular consiste no meio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos (MEIRELLES, 1989, p. 85).

Hodiernamente, a ação popular é um instrumento essencial, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXIII, à disposição de qualquer cidadão, a fim de defender interesses da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional de atos “lesivos” ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Dessa forma, com o escopo de controlar a atividade estatal, postula-se judicialmente a anulação de atos administrativos que sejam, em tese, contrários ao interesse público.

### **4 A Lei nº 4.717/65 à luz do fenômeno da recepção**

*A priori*, é oportuno trazer o pensamento de Norberto Bobbio relacionado à teoria da recepção:

A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma. (BOBBIO, 1999, p. 177).

Gize-se que, pelo fenômeno da recepção, o ordenamento jurídico antecedente é preservado se estiver em harmonia material com a nova ordem constitucional.

Com base no raciocínio exposto, verifica-se que a Lei nº 4.717/65 foi recepcionada pela Constituição cidadã de 1988.

Há, entretanto, algumas distinções entre a lei da ação popular, mormente no que diz respeito ao artigo 1º, e o texto constitucional em vigor. Aquela trouxe em seu bojo tímida abrangência em relação ao controle de atos lesivos. O artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição, por outro lado, alargou o campo de incidência da ação popular, passando a admiti-la como forma de anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Esses acréscimos retratam a preocupação do legislador constituinte em sustentar os paradigmas instituídos pelo Estado democrático de direito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de

empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (BRASIL, 1965)<sup>1</sup>.

## 5. Ação popular na Carta Constitucional de 1988

A garantia constitucional consagrada no artigo 5º, inciso LXXIII, revela facetas que merecem ser investigadas.

Inicialmente, registra-se que a extensão dada ao termo cidadão é diminuta. Somente poderá intentar a ação aquele indivíduo que estiver em pleno exercício dos seus direitos cívicos.

Nelson Nery Junior, ao explicar o dispositivo, define bem o significado de cidadão, isto é, o legitimado para ajuizar a ação popular, como o “eleitor que se encontrar no gozo de seus direitos políticos” (NERY JUNIOR, 2003, p.136).

O artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, corrobora essa ideia, *in verbis*: “Art. 1º [...] § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda” (BRASIL, 1965).

Divergindo da linha de pensamento acima exposta, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim afirma que o preceito legal supracitado não foi recepcionado pela Constituição federal. Segundo ele, a palavra cidadão deve ser interpretada em sentido lato. Com efeito, dispõe o ilustre jurista:

---

<sup>1</sup> § 1º com redação determinada pela Lei nº. 6.513, de 20 de dezembro de 1977.

[...] o Estado brasileiro assumiu compromisso de estimular o exercício da cidadania em seu grau máximo. Verdadeiro fundamento de nossa Constituição, a cidadania não pode ter suas formas de exercício restringidas por uma interpretação que relega a um segundo plano uma diretriz básica do sistema constitucional brasileiro. A legitimidade para propor ação popular não deve ser restrita a quem vota ou é votado, pois não se trata de direito político, mas direito fundamental do cidadão que, mesmo condenado criminalmente ou analfabeto, contribui para a formação da riqueza nacional. O § 3º do artigo 1º da lei nº. 4.717/65 não foi recepcionado pela atual Constituição. Pensar de outra forma implica o não reconhecimento da condição de cidadão ao analfabeto que não fez o alistamento eleitoral ou ao condenado criminalmente. Dessa maneira, a legitimidade para ajuizar ação popular deve ser franqueada a todos os cidadãos, exigindo-se, apenas, os requisitos ordinários compatíveis com o ajuizamento de qualquer outra ação [...]. (AMORIM, 2001).

Uma salutar inovação trazida pela atual Constituição é a possibilidade de se anularem, por meio da demanda popular, atos ofensivos à moralidade administrativa. Esse postulado, ainda que isoladamente violado, merece a proteção do remédio constitucional contido no artigo 5º, inciso LXXIII.

Ademais, à luz do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, não há previsão expressa para o ajuizamento de ação popular visando à anulação de atos atentatórios ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, sendo certo que o texto constitucional vigente passou a prever tais situações.

## **6. Ação popular como instrumento de cidadania**

Nos dias atuais, o administrado goza de legitimidade para exigir do poder estatal medidas concretas referentes à tutela dos bens públicos.

Alguns instrumentos entram em cena para conter os abusos cometidos pelos administradores na gestão da coisa pública, como o direito de petição, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a; a participação do usuário de serviços estatais na administração pública, estabelecida no artigo 37, § 3º; o mandado de segurança,

exarado no artigo 5º, inciso LXIX e a ação civil pública, preconizada no artigo 129, inciso III, dispositivos pertencente à Constituição da República.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. [...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, [...].

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. [...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL, 1988).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, nasce o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão controlador da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, restando comprovada, novamente, a intenção do legislador em defender o interesse público.

Inserida nesse contexto, a ação popular, indubitavelmente, mostra-se capaz de expurgar qualquer ato administrativo que coloque em risco os anseios da coletividade. Desse modo, assevera-se que tal remédio constitucional contribui intensamente para o fortalecimento da soberania popular.

Carla Maia dos Santos, ao tecer considerações acerca da ação popular vinculada ao exercício da cidadania no paradigma de Estado Democrático de Direito, afirma:

A ação popular - entendida como um dos remédios constitucionais estabelecidos pela Constituição da República de 1988 - se apresenta como um dos instrumentos mais relevantes de exercício da cidadania em nosso ordenamento jurídico, vez que visa à proteção dos direitos fundamentais difusos, tais como o meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural. Hodiernamente, exercer qualquer direito é exercer a cidadania [...]. A participação do povo nas decisões políticas do nosso Estado é um direito fundamental previsto constitucionalmente [...].

A previsão do instituto da ação popular no art. 5º da Constituição da República é garantia fundamental, não pela simples razão de estar incluída no título referente aos direitos e garantias fundamentais, e sim por assegurar um dos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. (SANTOS, 2008).

## 7. Questões processuais

Neste item examinar-se-á a matéria procedimental concernente à relação jurídica vislumbrada na lide popular. Aqui, o estudo é feito levando-se em conta as principais peculiaridades processuais

do instituto. Serão analisados os sujeitos da ação, o objeto da demanda, a competência, a concessão de medida liminar, a matéria probatória, a atuação do Ministério Público, os efeitos da decisão, as custas judiciais, o ônus de sucumbência, a prescrição e os recursos.

### 7.1. Sujeito ativo e passivo

O sujeito ativo, conforme já destacado no item 5, é qualquer cidadão. Contudo, surge o questionamento sobre qual seria o alcance do termo cidadão para fins processuais. A lei reguladora da matéria é clara a esse respeito, em seu artigo 1º, § 3º, ao dizer que a cidadania provar-se-á com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Cumpra assinalar que, segundo a Súmula nº 365 do Supremo Tribunal Federal, à pessoa jurídica não é dada a oportunidade de integrar o polo ativo da demanda. “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular” (BRASIL, 1964b).

O artigo 6º, § 5º, da Lei nº 4.717/65 prevê, ainda, a possibilidade de qualquer cidadão habilitar-se como assistente ou litisconsorte do autor da demanda popular.

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular. (BRASIL, 1965).

Com relação ao polo passivo da ação, insta salientar que, consoante o *caput* do artigo supramencionado, será integrado pelas pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º da lei, além de autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por negligência, tiverem dado causa à lesão. *In fine*, a norma

aduz que a ação será proposta contra os beneficiários diretos do ato impugnado, caso existam.

## 7.2. Objeto da demanda popular

O objeto da demanda popular, em sentido estrito, diz respeito à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidades de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

Busca-se a garantia deste objeto mediante requerimento ao órgão jurisdicional competente. Em decorrência da invalidação do ato impugnado, haverá a condenação dos responsáveis por sua prática e dos que dele se beneficiarem, ao pagamento de perdas e danos, *ex vi* do artigo 11 da Lei nº 4.717/65.

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. (BRASIL, 1965).

Sob uma visão ampla, afirma-se que o objeto da ação está jungido à proteção da *res publica*, mediante a observância da probidade administrativa, da eficiência e da legalidade, princípios basilares do Estado brasileiro.

## 7.3. Competência

Como todas as ações judiciais, a demanda popular deverá ser dirigida a determinado órgão estatal dotado de jurisdição. A competência para julgar a ação popular é fixada levando-se em consideração as normas previstas no artigo 5º da lei que disciplina o instituto. Segundo o pretório excelso, uma regra geral há de ser aplicada:

A competência para julgar a ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juiz competente de primeiro grau. (BRASIL, 2003).

O Supremo Tribunal Federal — por ausência de previsão constitucional — não dispõe de competência originária para processar e julgar ação popular promovida contra qualquer órgão ou autoridade da República, mesmo que o ato cuja invalidação se pleiteie tenha emanado do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, de qualquer dos Tribunais Superiores da União. (BRASIL, 2001).

O *caput* do artigo 5º da Lei nº 4.717/65 dispõe sobre a regra de competência relacionada à origem do ato impugnado, ou seja, será competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, for competente para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município (BRASIL, 1965). O entendimento é simples: caso o ato questionado tenha sido realizado por algum órgão, serviços ou repartição da União, ou por suas autarquias, empresa pública ou entidade de que participe, a competência para julgar a causa popular será de um juiz federal, conforme se depreende do artigo 109 da Constituição pátria.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. (BRASIL, 1988).

Em se tratando de ato editado por órgão, serviços ou repartição estadual, o juiz competente será aquele que julga os feitos concernentes à fazenda estadual, com previsão na lei de organização judiciária do Estado.

No âmbito municipal, o magistrado que detém competência para a demanda é o mesmo que julga as ações de interesse municipal, consoante a organização judiciária do Estado correspondente.

Estatui o artigo 5º, § 1º, da lei da ação popular:

Art. 5º [...]

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial. (BRASIL, 1965).

*In casu*, existe a derrogação da competência comum em favor da competência especial, simplesmente porque o acervo patrimonial privado das entidades referidas no dispositivo legal é preenchido por parcela de patrimônio público. Noutro norte, a ação proposta pode interessar, concomitantemente, a mais de um ente federativo. Quando assim ocorrer, a competência será firmada por prioridade, senão vejamos:

Art. 5º [...]

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver. (BRASIL, 1965).

Para encerrar, registra-se que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (inteligência do artigo 5º, § 3º, da Lei nº 4.717/65). Na ocasião, é contemplada a hipótese de prevenção de jurisdição, vislumbrada no momento em que se determina a competência de um juízo entre diversos igualmente competentes.

#### **7.4. Liminar na ação popular**

Por expressa previsão da Lei nº 4.717/65, admite-se a concessão de medida liminar, a fim de se obter a imediata suspensão do ato impugnado, até que seja apreciado o mérito da causa. É evidente

que o pedido do autor deve ser guiado pelos requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Art. 5º [...]

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. (BRASIL, 1965).

Nesses moldes, em recente agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu pedido liminar numa ação popular, o Tribunal de Justiça paranaense decidiu:

Vistos, 1) JOSÉ ANTONIO PASE ajuizou AÇÃO POPULAR COM PEDIDO LIMINAR em face de RILTON BOZA, alegando que o Réu, na qualidade de Prefeito Municipal de Campo Magro, pretende leiloar veículos do Município por preço vil e sem observar as normas que regem a alienação de bens públicos, sob o fundamento de serem inservíveis à Administração Pública. Pediu liminar suspendendo o leilão e a alienação dos veículos. 2) O pedido liminar foi deferido (fl. 65/68-TJ), porque presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. 3) RILTON BOZA interpôs Agravo de Instrumento (fls. 02/16-TJ), sustentando que: a) é caso de ilegitimidade passiva, porque deveria figurar no pólo passivo da demanda o Município de Campo Magro; b) o Leilão foi realizado conforme o ordenamento jurídico, tendo sido demonstrado o interesse público na alienação dos veículos; c) a Lei Municipal nº 494/2008 autorizou a alienação dos bens. Requereu o efeito suspensivo e o provimento do recurso. É o relatório. FUNDAMENTAÇÃO Trata-se de recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido liminar, sob o fundamento de que é imprescindível a suspensão do Leilão para evitar prejuízos ao patrimônio público. A) Da Legitimidade Passiva Não tem cabimento a alegação do Agravante de que é caso de ilegitimidade passiva, porque, segundo ele, o legitimado é o Município de Campo Magro e não o Chefe do Executivo Municipal. O art. 6º da Lei 4.717/65 dispõe sobre a legitimidade passiva na Ação Popular: 'A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato

impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo', sendo, portanto, legítimo passivamente o Chefe do Executivo do Município de Campo Magro. B) Da Liminar em Ação Popular para Evitar Dano ao Patrimônio Público O art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República dispõe: 'qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência'. Assim, é plenamente cabível o ajuizamento de Ação Popular para evitar lesão ao patrimônio público. A Constituição Federal exige para a alienação de bens públicos o procedimento licitatório, senão vejamos: 'Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes'. A Lei nº 8666/93, por sua vez, preceitua: 'Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: II – quando móveis dependerá de avaliação prévia e de licitação [...]'. Ainda, o 'Art. 22 – São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão; § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no Art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação'. Decorre desses dispositivos legais que a alienação de bens da Administração Pública é subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, bem como de avaliação prévia, de licitação e da necessidade dos móveis serem inservíveis para o Poder Público. No caso, não foram observados todos esses parâmetros na realização do Leilão nº 001/2008 visando alienar veículos pertencentes ao Município de Campo Magro, principalmente porque não foi demonstrado o interesse público na alienação dos bens públicos e nem serem eles inservíveis

ao Poder Público. Ademais, contata-se dos autos (fl. 36) que os lances mínimos para a alienação dos veículos são valores irrisórios se comparados com os valores de mercado, o que implica em possível prejuízo ao erário municipal. Nessas condições, aplica-se o art. 5º, § 4º, da Lei 4.717/65 (ação popular), que dispõe: ‘Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado’, sendo o caso de suspender o Leilão, evitando-se, assim, ofensa ao patrimônio público. ANTE O EXPOSTO, considerando que o Agravo de Instrumento é manifestamente improcedente, nego-lhe seguimento, com base no ‘caput’ do art. 557 do Código de Processo Civil. Publique-se. Intime-se. CURITIBA, 19 de dezembro de 2008. (PARANÁ, 2008).

### 7.5. Matéria probatória

O artigo 332 do digesto processual civil preconiza que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (BRASIL, 1973).

Por imposição da norma insculpida no artigo 7º da lei reguladora da ação popular, o procedimento aplicável à espécie é o ordinário, consignado no Código de Processo Civil Brasileiro. Assim, a produção de provas, na maioria dos casos, ocorrerá com a peça vestibular e com a contestação: “Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil [...]” (BRASIL, 1965).

Em sede de ação popular, vale dizer que as provas mais utilizadas são a pericial e a documental, já que a testemunhal apenas é produzida em situações específicas.

O artigo 1º, § 4º, da Lei nº 4.717/65 assegura ao cidadão, no intuito de instruir o pedido inicial, o direito de requerer às entidades a que se refere o artigo 1º informações e certidões que entender necessárias, devendo para tanto indicar as finalidades de tais documentos.

Por último, cumpre dizer que o conjunto probatório tem grande influência na formação do convencimento do magistrado. Dessa

forma, nos termos do artigo 18 da lei que rege o instituto, se as provas apresentadas não ratificarem as alegações constantes da inicial, o pedido do autor popular será julgado improcedente. Neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com o mesmo fundamento, valendo-se de nova prova.

## 7.6. A atuação do Ministério Público

O Ministério Público, instituição permanente, constitucionalmente considerado essencial à função jurisdicional do Estado, além de ter a missão de proteger os interesses difusos e coletivos, zela pelo patrimônio público e social. Por esse motivo, sua atuação é imprescindível na lide popular. Nesse contexto, assevera o artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – [...]

II – [...]

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (BRASIL, 1973).

No bojo da Lei nº 4.717/65 encontram-se diversas funções reservadas ao *Parquet*, *in verbis*:

Art. 6º [...]

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Art. 7º [...]

I – Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

b) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.

§ 1º O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz. (BRASIL, 1965).

Com o fito de avaliar as consequências do ato impugnado, nota-se que o Ministério Público assume o papel de ativador da produção probatória. Outrossim, caso haja conduta danosa aos bens públicos, incumbe ao órgão ministerial promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem.

A atribuição de fiscal da lei se faz presente no artigo 7º, inciso I, alínea a, uma vez que, sob pena de nulidade processual, é obrigatória a intimação do Ministério Público para o acompanhamento da ação.

No que tange à exegese do artigo 7º, § 1º, mister ressaltar que o *Parquet* auxilia na aplicação da justiça, agindo, novamente, como *custos legis*.

Outra função desempenhada pelo representante do Ministério Público na causa popular pode ser extraída do artigo 9º da lei em destaque. À luz da norma, configura-se o instituto da sucessão processual, pautado pela faculdade conferida ao órgão ministerial de suceder o autor popular, caso entenda necessário.

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação. (BRASIL, 1965).

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, ao julgar uma apelação cível, assim entendeu:

Origem: TJGO Segunda Câmara Cível

Relator: Dr. Leobino Valente Chaves

Recurso: 50181-8/188 - Apelação cível

Comarca: Carmo do Rio Verde

Apelante: João Carlos Pereira da Silva

Apelado: Município de Carmo do Rio Verde

Ementa: Ação popular abandono da causa. Intimação pessoal. Outras providências. Prejudicialidade. Inocorrência. 1- Verificado o abandono da causa por mais de 30 dias, *mister* se faz a intimação pessoal do autor para suprir a falta em 48 horas, sob pena de extinção do processo (art.267,§ 1º, do CPC). 2 - Se o autor desistir da ação popular ou der outro motivo a extinção do respectivo processo, sem julgamento de mérito, publicam-se editais, facultando-se a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, promover o seu prosseguimento. Inteligência do art. 9º, da lei nº 4.717/65. 3 - Inocorrendo a prejudicialidade da ação, ante suposta perda de seu objeto, impõe-se o julgamento de mérito da demanda. Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. (GOIÁS, 1999).

De acordo com o artigo 16 da lei da ação popular, se houver omissão do autor ou de terceiro com relação à propositura da execução, caberá ao Ministério Público promovê-la, sob pena de falta grave, a saber:

Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave. (BRASIL, 1965).

Aqui, diferentemente do artigo 9º, o representante do Ministério Público não tem possibilidade de escolha, funcionando como substituto do autor da demanda popular. Por derradeiro, dispõe o

artigo 19, § 2º, sobre a interposição de recursos em face de sentenças e decisões prolatadas contra o autor popular. A regra confere não só ao Ministério Público, mas também a qualquer cidadão, legitimidade para recorrer em tais ocasiões.

Art. 19. [...]

§ 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (BRASIL, 1965).

Repete-se o fenômeno enxergado no artigo 16, visto que, mais uma vez, o Ministério Público age em lugar do autor da ação.

### 7.7. Características da sentença judicial

Neste tópico, serão examinadas algumas características relativas à sentença judicial que extingue a lide popular. *Prima facie*, urge salientar que os aspectos ora apreciados estão estampados na lei que regula a ação popular.

Tendo em conta o teor do artigo 7º, inciso VI, observa-se que a sentença deve ser proferida no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento dos autos pelo juiz, exceto quando for prolatada em audiência de instrução e julgamento.

Conforme ressaltado no subitem 7.2, a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará os responsáveis e beneficiários dele ao pagamento de perdas e danos. Na visão do brilhante constitucionalista Alexandre de Moraes, a decisão *sub examine* tem eficácia desconstitutiva e condenatória (MORAES, 2006, p. 169).

Por força do artigo 12, é necessário incluir na sentença, na condenação do(s) réu(s), o pagamento, ao autor, das custas e outras despesas judiciais e extrajudiciais, bem como o dos honorários de advogado.

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado. (BRASIL, 1965).

Importante frisar que, seguindo orientação do Código de Processo Civil Brasileiro, o artigo 13 da lei sob comento prevê punição para o autor que agir de má-fé. Este será condenado ao pagamento do décuplo das custas, caso a sentença julgue a lide manifestamente temerária: “Art. 13. A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas. (BRASIL, 1965).

O dispositivo legal subsequente cuida da lesão causada ao Estado pelo réu. Se o valor do dano ficar demonstrado no curso da causa, deverá ser indicado na sentença; caso contrário, será aferido no momento da execução.

Os artigos 18 e 19 da lei também integram o campo das especificidades da sentença.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (BRASIL, 1965).

É sabido que a demanda popular possui natureza pública e almeja resguardar interesses da sociedade. Assim, conclui-se que o legislador de 1965 foi feliz ao conceder à sentença, no artigo 18, eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*.

Merecem destaque, ademais, a decisão judicial de improcedência e a que indica carência de ação. Serão ambas as sentenças submetidas ao reexame necessário, não produzindo efeitos antes de serem corroboradas pelo tribunal.

### 7.8. Custas judiciais e ônus de sucumbência

O tema deve ser encarado sob diferentes ângulos. Denota-se que o artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta Magna, contempla as diretrizes gerais do remédio constitucional, ficando a regulamentação da matéria a cargo da lei infraconstitucional. Ao tratar da ação popular, o preceito sobredito estabelece que, salvo comprovada má-fé, o autor é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. “Art. 5º [...] LXXIII – [...], ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (BRASIL, 1988).

No que toca às custas judiciais e ao ônus de sucumbência, referentes ao(s) integrante(s) do polo passivo da demanda, esclarece o artigo 12 da Lei nº 4.717/65, *ipsis litteris*:

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado. (BRASIL, 1965).

Deve ser mencionado também o comando exarado no artigo 10. Segundo a dicção legal, as custas e o preparo somente serão pagos, ao final, pelas partes envolvidas no processo. Numa interessante ementa, o Tribunal de Justiça mineiro, através da oitava câmara cível, decidiu que os honorários periciais são devidos pela parte que requereu a produção da prova. A decisão afirma ainda que a isenção constitucional refere-se ao pagamento das custas judiciais pelo autor popular.

AGRAVO Nº 1.0153.05.040595-7/001-COMARCADECATAGUASES  
- AGRAVANTE(S): IRANI VIEIRA BARBOSA - AGRAVADO(A)  
(S): CIA FORCA LUZ CATAGUAZES LEOPOLDINA E OUTRO(A)  
(S), MUNICÍPIO CATAGUASES, MARIA LUCIA SOARES DE

MENDONÇA - RELATORA: EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

EMENTA: AÇÃO POPULAR - HONORÁRIOS PERICIAIS - PAGAMENTO DEVIDO. A isenção constitucional e legal é do pagamento das custas judiciais pelo autor da ação popular e não das despesas, na quais estão incluídos os honorários do perito, pelo que o pagamento é devido pela parte que requereu a produção da prova, no caso, o requerente. (MINAS GERAIS, 2007).

## 7.9. Prescrição

Consoante o mandamento contido no artigo 21 da Lei n<sup>o</sup> 4.717/65, o prazo para ajuizamento da ação popular é de cinco anos. A contagem inicia-se, regra geral, na data da publicação do ato lesivo ou ilegal: “Art. 21. A ação prevista nesta Lei prescreve em 5 (cinco) anos” (BRASIL, 1965).

Embora a nomenclatura usada pelo texto legal se refira à prescrição, trata-se de prazo decadencial. A sétima câmara cível do Tribunal de Justiça mineiro, seguindo o posicionamento adotado pela maior parte dos julgados brasileiros, ratifica tal entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N<sup>o</sup> 1.0693.06.045864-5/001 – COMARCA DE TRÊS CORAÇÕES – REMETENTE: JD 3 V CV COMARCA TRÊS CORAÇÕES – APELANTE(S): JOSEFINO DE CARVALHO – APELADO(A)(S): LEO LANER GOMES, JOSÉ ROBERTO DE PAIVA GOMES PREFEITO(A) MUNICIPAL DE TRÊS CORAÇÕES E OUTRO – RELATORA: EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. HELOISA COMBAT

EMENTA: AÇÃO POPULAR – DECADÊNCIA – INTERPRETAÇÃO DO ART. 21 DA LEI N. 4.717/65 – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE.- Decai em cinco anos o direito de propor Ação Popular.- Não obstante o art. 21 da Lei 4.717/65 se refira ao prazo de cinco anos como sendo prescricional, na verdade, se trata de prazo decadencial, na medida em que a sentença proferida na ação Popular tem natureza constitutiva.- Com a alteração do art. 219, § 5<sup>o</sup>, do CPC trazida pela Lei 11.280/06, a qual tem aplicabilidade imediata, é lícito ao magistrado decretar, de ofício, a prescrição, a qualquer tempo.- A decadência estabelecida por lei deve ser conhecida de ofício pelo Juiz.

‘Cumprе salientar, inicialmente, que, não obstante o art. 21 da Lei 4.717/65 se refira ao prazo de cinco anos como sendo prescricional, na verdade, se trata de prazo decadencial, na medida em que a sentença proferida na ação Popular tem natureza constitutiva. É dizer, a sentença que acolhe o pedido formulado na Ação Popular é constitutiva, uma vez que desconstitui o ato considerado ilegal, sendo que, nesse caso, a hipótese é de decadência e, não, de prescrição. Nesse sentido, oportuna a transcrição de trecho do voto da lavra do eminente Desembargador Alberto Vilas Boas, em que cita lição de Humberto Theodoro Júnior:

‘Humberto Theodoro Júnior, nos seus *Comentários ao Novo Código Civil*, volume III, tomo II, pág. 349, afirmou que, quando se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito, a própria aquisição deste direito resta condicionada ao dado temporal, de forma que a decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito. Estabeleceu o digno autor: “Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada. Na prescrição, há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma faculdade. Não há obrigação descumprida. Daí por que é no terreno dos direitos potestativos (ou facultativos) que opera a decadência.

Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às ações condenatórias, e a decadência, às ações constitutivas. Nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor do demandante. As pretensões, que se extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo da lei.

Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de faculdades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não se correspondem a prestações sonegadas pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas’. (g.n.)

‘Poder-se-ia objetar que houve o descumprimento de um direito pelo Poder Público ante a inobservância, na realização de seus atos e contratos, dos princípios informadores da atividade administrativa. Mas isso, de forma alguma, pode ser traduzido como prestação inadimplida, porque inexistente uma relação de direito material entre as partes’. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.03.015622-1/001 – RELATOR: EXMO. SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS – J. 15.04.2008).

Com efeito, dispõe o art. 21 da Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular, que: ‘A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos’.

No caso concreto, está patente a decadência do direito de propor a Ação Popular, uma vez que a Portaria que concedeu a aposentadoria foi editada em 24/10/1996 e a presente ação somente foi ajuizada em 08/02/2006, de forma que, desde fevereiro de 2001, o direito já se encontrava prejudicado pela decadência.

No que tange à alegação de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, tal assertiva não se aplica à Ação Popular, uma vez que nesta se busca a apuração da irregularidade (decretação da nulidade do ato administrativo), o que daria ensejo ao ressarcimento e, não, a priori, o ressarcimento.

A doutrina de José Afonso da Silva, colacionada no recurso de apelação, corrobora esse entendimento: ‘Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.’

Ainda nesse sentido: ‘Também, a alegação de que a Ação Popular impõe uma condenação, a de ressarcimento ao erário público, para se pretender seja o prazo questionado prescritivo, não é válida porquanto a condenação é dependente e subsequente à decisão desconstitutiva do ato impugnado. (MINAS GERAIS, 2008).

## 7.10. Recursos

Em se tratando de ação popular, vale enfatizar que os recursos cabíveis em face de decisão interlocutória e de sentença estão previstos no artigo 19 da Lei nº 4.717/65.

O recurso *ex officio*, como já foi dito no subitem 7.7, será interposto quando a sentença decidir pela improcedência ou pela carência de ação. Se os autos não forem enviados ao juízo *ad quem*, deverá o tribunal advoca-los e reexaminar o mérito do julgamento de primeira instância.

As sentenças que concluem pela procedência ou pela improcedência da ação poderão ser questionadas em sede de apelação voluntária, consoante a permissão do artigo 513 do Código de Processo Civil.

No que concerne às decisões interlocutórias, o inconformismo pode ser demonstrado por meio de agravo de instrumento. Conforme se pode extrair do artigo 22 da lei da ação popular, outros recursos poderão ser manejados pelas partes, desde que apresentem os pressupostos de admissibilidade consubstanciados no sistema processual civil vigente e não sejam contrários à natureza específica da ação.

Art. 19. [...] da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento

Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação. (BRASIL, 1965).

Art. 513. Da sentença caberá apelação. (BRASIL, 1973).

## **8. O princípio da eficiência e seu liame com a ação popular**

Como é de conhecimento da comunidade jurídica, os princípios de direito administrativo, sejam expressos ou não, norteiam as atividades gerais do Estado e dão suporte ao gestor público, a fim de que sejam alcançados os objetivos colimados pelos administrados.

Nessa esteira, encontra-se o princípio da eficiência, que foi adicionado ao artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998. A diretriz tem por meta a otimização dos resultados, isto é, espera-se o melhor desempenho possível da administração pública, mediante a adoção de técnicas procedimentais céleres e eficazes.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. (BRASIL, 1988).

Consoante ensina Paulo Modesto, pode-se definir o princípio da eficiência como a exigência jurídica, imposta aos exercedores de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.

Acrescenta o professor que o papel do princípio é revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado democrático e social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência (MODESTO, 2007).

Fernanda Marinela sustenta:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, aqui, o lucro é do povo [...]. (MARINELA, 2006, p. 43).

Afirmou-se alhures que a ação popular serve para impedir abusos e irregularidades cometidos pelo administrador no exercício da função pública. Sendo assim, o sujeito ativo da demanda pode se valer do princípio da eficiência quando pleitear a anulação de atos contrários aos fins públicos.

Constata-se, portanto, a efetiva correlação entre o meio colocado à disposição do cidadão e o postulado basilar da eficiência, ou seja, um dos fundamentos da ação é dar guarida, no plano concreto, ao princípio constitucional ora comentado.

## 9. Distinções entre ação popular e ação civil pública

As principais dessemelhanças existentes entre a ação popular e a ação civil pública serão abordadas neste item.

Por uma análise perfunctória da Lei nº 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, percebe-se que a intenção do legislador foi proteger várias espécies de bens, sejam públicos ou não.

A primeira diferença entre os institutos refere-se à legitimidade ativa. Enquanto na ação popular o cidadão, a princípio, é o único legitimado (item 5), na ação civil pública, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 7.347/85, várias pessoas jurídicas, além do Ministério Público e da Defensoria Pública, têm legitimidade para propor a demanda.

Quanto à abrangência, entende-se que a ação civil pública açambarca interesses individuais homogêneos, ao passo que o instrumento popular tem como alvo precípuo a anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

Na ação civil pública, a natureza da sentença é predominantemente condenatória em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, haja vista o que dispõe o artigo 3º da lei de regência. Em sentido diverso, consoante a regra estampada no artigo 11 da Lei nº 4.717/65 (subitem 7.2), a sentença tem cunho desconstitutivo e subsidiariamente condenatório.

Para uma melhor compreensão, estão transcritos abaixo alguns dispositivos da lei da ação civil pública.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

- V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI - à ordem urbanística

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
  - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
  - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985).

## 10. Ação penal popular

Muito se discute no nosso país sobre a existência e o cabimento da ação penal popular. Filiado à corrente minoritária, o especialista em direito penal e processual penal Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar entende que a ação penal popular é possível no Brasil nos seguintes casos: a) nos crimes de responsabilidade de determinados agentes políticos, a acusação pode ser feita por qualquer cidadão perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal (Lei nº 1.079/50, artigos 14 e 41); b) o *habeas corpus* pode ser ajuizado por qualquer pessoa, inteligência do artigo 654 do Código de Processo Penal (AGUIAR, 2005).

Art. 14. É permitido a *qualquer cidadão* denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 41. É permitido a *todo cidadão* denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o

Procurador Geral da República, pêlos crimes de responsabilidade que cometerem. (BRASIL, 1950, grifo nosso).

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Porém, sob a ótica de grande parte dos doutrinadores brasileiros, os “crimes” de responsabilidade registrados no artigo 85 da lei maior e previstos também pela Lei nº 1.079/50 constituem, na verdade, infrações político-administrativas. Por essa razão, os artigos 14 e 41 não vislumbram a hipótese de ação penal popular.

Em relação ao *habeas corpus*, há maior aceitação dos juristas nacionais no sentido de considerá-lo ação penal popular constitucional. Nesse diapasão está a concepção do pretório excelso:

É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de *habeas corpus*, eis que esse remédio constitucional — por qualificar-se como verdadeira ação popular — pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional. A petição com que impetrado o *habeas corpus* deve ser redigida em português, sob pena de não-conhecimento do *writ* constitucional (CPC, art. 156, c/c CPP, art. 3º) [...]. (BRASIL, 1995).

Na lição do ilustre escritor Júlio Fabbrini Mirabete, o *habeas corpus* é uma ação penal popular constitucional, embora possa, por algumas vezes, servir de recurso (MIRABETE, 2006).

## 11. Ação popular e sua visão jurisprudencial

A jurisprudência, além de exibir aspectos pontuais já indicados neste trabalho, apresenta relevantes contornos que precisam ser comentados. Na oportunidade, são mostrados alguns posicionamentos de tribunais brasileiros que despertam a atenção dos operadores do direito.

Ementa: “AÇÃO POPULAR - QUALIDADE DE CIDADÃO - ILEGA-

**LIDADE DO ATO IMPUGNADO - LESIVIDADE LEGALMENTE PRESUMIDA - REQUISITOS CABALMENTE DEMONSTRADOS - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL”.**

Ao desenvolver o procedimento licitatório em desacordo com as regras disciplinadas na lei geral de licitação, prejudicou a Administração Pública uberabense a realização de uma concorrência sadia e vantajosa para a sociedade, de maneira a propiciar proposta mais interessante e consoante com o interesse público. Não há de se falar, ‘in casu’, em irregularidades meramente formais, uma vez que a Lei 8.666/93 traçou regras inteiramente formais e rígidas pra a realização do procedimento licitatório, de forma a ensejar a escolha da proposta mais vantajosa e a possibilitar a participação eqüânime de todos que se interessarem em contratar com o Poder Público, sempre visando o interesse da coletividade. A forma como foi desenvolvida o procedimento licitatório impediu ou ao menos dificultou a participação de eventuais interessados, já que não foram respeitados os prazos e atos tidos como necessários pela legislação pertinente. Não se admite a ocorrência de sucessivos vícios formais em uma licitação de tamanho vulto e de extrema relevância para a comunidade do Município de Uberaba. Restaram devidamente preenchidos os requisitos necessários à propositura da ação popular. A lesão não necessita ser efetiva, podendo dar-se de forma presumida, desde que legalmente prevista. Esclarecedores são os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito, afirmando que “essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. (MINAS GERAIS, 2003).

**TJRS - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. REQUISITOS DA AÇÃO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE. AUSÊNCIA. A ilegalidade e a lesividade são requisitos processuais da ação popular que não foram demonstradas pelo autor popular, impondo-se a manutenção da decisão que julgou extinta a ação, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).**

STF - Os atos de conteúdo jurisdicional — precisamente por não se revestirem de caráter administrativo — estão excluídos do âmbito de incidência da ação popular, notadamente porque se acham sujeitos a um sistema específico de impugnação, quer por via recursal, quer mediante utilização de ação rescisória. [...] Tratando-se de ato de índole jurisdicional, cumpre considerar que este, ou ainda não se tornou definitivo — podendo, em tal situação, ser contestado mediante utilização dos recursos previstos na legislação processual —, ou, então, já transitou em julgado, hipótese em que, havendo decisão sobre o mérito da causa, expor-se-á à possibilidade de rescisão [...]. (BRASIL, 2001).

[... ] A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LX-XIII). (BRASIL, 1994).

Súmula 101 – STF: O mandado de segurança não substitui a ação popular. (BRASIL, 1964a).

Tribunal de Justiça do Maranhão

Processo nº. 13691996

Acórdão 0397912002

Relator JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF

Órgão MIRADOR

Processo APELAÇÃO CÍVEL

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO Popular. IMPROCEDÊNCIA. ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU À MORALIDADE. NÃO-COMPROVAÇÃO. I - A Ação Popular é instrumento de exercício da soberania Popular, pois confere ao cidadão a possibilidade de exercer, de forma ativa, a atividade fiscalizatória do Poder Público. II - Constituindo sua finalidade a Invalidação e desconstituição de ato administrativo lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

histórico e cultural, a não-demonstração de sua ocorrência acarreta a improcedência da Ação. III - Apelo conhecido e improvido (MARANHÃO, 2002). São Luís, 3 de junho de 2002. *Diário de Justiça*, 12 jun. 2012.

Os entendimentos supracitados são dotados de razoabilidade e vão ao encontro da Lei nº 4.717/65.

Destaca-se na decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a lesão pode dar-se de maneira presumida, desde que legalmente prevista, não necessitando ser efetiva.

No segundo exemplo, os julgadores gaúchos entenderam que não só a lesividade, mas também a ilegalidade do ato praticado são requisitos processuais da ação popular.

O Supremo Tribunal Federal (STF) excluiu, sabiamente, do âmbito de incidência da ação popular os atos de conteúdo jurisdicional. O mesmo Tribunal, ao dizer que a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) não constitui sucedâneo da ação popular e, ao editar a Súmula nº 101, atribuiu maior autonomia à garantia fundamental prescrita no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

Na interpretação da jurisprudência maranhense, por meio da ação popular, confere-se ao cidadão a possibilidade de desempenhar a atividade fiscalizadora do poder público, ficando evidenciado ainda que o remédio processual realçado é um instrumento de exercício da soberania popular.

## 12. Conclusão

*Ab initio*, cumpre asseverar que as discussões acerca do tema são travadas desde a antiguidade. No direito romano, por meio das *actiones populares*, já havia a nítida intenção de se respeitar a coisa pública. No Brasil, o remédio processual ganhou força com o advento da Constituição de 1934 e, hodiernamente, possui lugar de destaque na Carta cidadã.

Hoje, verifica-se, sem sombra de dúvidas, que a garantia fundamental descrita no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal é um salutar instrumento de controle externo dos atos administrativos.

Na sociedade contemporânea, a ação popular é utilizada, sistematicamente, para salvaguardar interesses difusos e coletivos; em outras palavras, busca-se a efetivação dos princípios condutores do estado de direito.

Embora o artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 cuide da questão, há uma polêmica doutrinária no que tange ao alargamento ou à limitação do conceito de cidadão. Mais próxima da realidade democrática está a corrente que concede às pessoas não portadoras de título eleitoral o direito de propor a demanda. O exercício da cidadania não pode ser reduzido, sendo certo que tal restrição afrontaria o espírito constitucional.

O princípio da eficiência, assim como outros postulados constitucionais que regem a administração pública, está intimamente vinculado ao instrumento popular, porquanto serve de alicerce para a consecução dos objetivos pretendidos pela coletividade.

Por todo o exposto, pode-se dizer que a ação popular é extremamente importante para os anseios dos administrados. Através dela é possível não só a anulação de atos danosos ao patrimônio público, mas também a fiscalização efetiva da gestão estatal.

### 13. Referências

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 727, 2 jul. 2005.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal: Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2012.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 9 jan. 2009.

BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 9 jan. 2009.

BRASIL. Lei nº 1.079/50, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm)>. Acesso em 23 jan. 2009.

BRASIL. Lei nº 4.717/65, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)>. Acesso em 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 101: O mandado de segurança não substitui a ação popular. Brasília: imprensa nacional, 1964a, p. 67. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200)>. Acesso em: 28 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 365. Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Brasília: imprensa nacional, 1964b, p. 67. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 28 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº. 2018-9/SP. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72391-8/DF. Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Belo Horizonte, 8 de março de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 769-6/MA. Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 842/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1993. *DJ*, 14 maio 1993, p. 09002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750103/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-842-df>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº 859-0/AP. Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 11 de outubro de 2001. *DJ* de 1º out 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível nº 50181-8/188. Relator: Des. Leobino Valente Chaves. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.phpsec=consultas&item=decisoese&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

GOMES Júnior, Luiz Manoel; SANTOS Filho Ronaldo Fenelon. *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0397912002. Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/cons/jurisp/consulta.php>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: Podivum, 2006. Vol. I, p. 43.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo nº 1.0153.05.040595-7/001. Relatora: Desa. Tereza Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 20 de setembro de 2007. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 19 dez. 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/\\_juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+honor%E](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/_juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+honor%E)>

Irios+periciais&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F02%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 16 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0693.06.045864-5/001. Relatora: Desa. Heloisa Combat. Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 22 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+prescri%E7%E3o&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F02%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+prescri%E7%E3o&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F02%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 16 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.00.296475-7/000. Relator: Des. Carreira Machado. Belo Horizonte, 6 novembro de 2003. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 9 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+lesividade+legalmente+presumida&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F02%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=A%E7%E3o+Popular+lesividade+legalmente+presumida&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F02%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em 28 jan. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. Atualizado até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 10, maio/jun./jul. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de instrumento nº 0552055-8. Relator: Des. Leonel Cunha. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/Jurisprudencia-Detalhes.4asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=19&Historico=1&AcordaoJuris=757988>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70022682504. Relatora: Des<sup>a</sup>. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 27 jan. 2009.

SANTOS, Carla Maia dos. *Ação Popular e o exercício da cidadania no paradigma de Estado Democrático de Direito*. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, São Paulo, 28 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Artigo recebido em: 25/01/2012;

Artigo aprovado em: 21/05/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140025

**A LEGALIDADE DOS REAJUSTES DAS  
MENSALIDADES DE PLANOS DE SAÚDE EM VIRTUDE  
DO ENVELHECIMENTO DOS BENEFICIÁRIOS NOS  
CHAMADOS “PLANOS ANTIGOS”**

**HAROLDO AZEVEDO CARVALHO**

Sócio-Diretor

Syrax Consultoria em Saúde Suplementar, Brasil

haroldoazevedo@gmail.com

**DENISE NOGUEIRA MAGRI**

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

dmendes@mpmg.mp.br

A Lei n. 9.656/1998, nos incisos I e II de seu artigo primeiro, fornece as definições de Plano de Saúde e de Operadora de Planos de Saúde, conforme segue:

Art.1º [...]

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela facilidade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a

expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo. (BRASIL, 1998a).

Desde 30 de dezembro de 1999, as operadoras de planos de saúde têm sua atividade regulada e fiscalizada por um Órgão Regulador, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Medida Provisória 2.012-2, e, posteriormente pela Lei 9.961/2000, que tem, dentre outras funções, a de garantir o equilíbrio técnico-atuarial das operadoras, o que assegura a capacidade das mesmas de honrar a qualquer tempo os compromissos perante os seus beneficiários.

Muito se discute, atualmente, no Poder Judiciário, os reajustes nas mensalidades de planos de saúde aplicados em virtude do envelhecimento do consumidor. Pois não raramente as variações para os beneficiários idosos resultam em aumento exorbitante no valor de suas prestações mensais, o que ocasiona valores proibitivos, mormente para aqueles que têm sua renda exclusivamente proveniente dos benefícios da previdência social.

A questão é delicada e merece uma observação aprofundada, pois tanto a regulamentação do mercado de saúde suplementar, quanto à legislação específica para a tutela dos idosos são extremamente recentes e, de certo modo, conflitivas com a realidade anterior à vigência das legislações pertinentes, o que, de fato, gera dúvidas nos operadores do direito.

Devido a inexistência de regulamentação específica anterior a vigência da CONSU 6, norma do Conselho Nacional de Saúde Suplementar, vigente desde 04 de novembro de 1998 e a vigência da Lei Federal 9.656/1998, vigente desde 1º de janeiro de 1999, as operadoras e seguradoras de saúde elaboravam os chamados “planos antigos” (anteriores a regulamentação do setor de saúde suplementar), ou seja, seus produtos e seguros baseados na ciência atuarial securitária com conceitos claros de risco, prêmio e sinistro.

Para melhor análise, é válido se socorrer da definição de contrato de seguro de Cavaliere:

[...] Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. *Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-las.* Frise-se que em se tratando de contrato de seguro, o segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado. Da mesma forma, o agravamento do risco pode servir de preceito ao não pagamento do sinistro, haja vista o desequilíbrio da relação contratual, onde o segurador receberá um prêmio inferior ao risco que estará cobrindo, em desconformidade com o avençado. (CAVALIERE, 2008).

Porém, mesmo anteriormente à regulamentação, os valores das mensalidades, ou seja, a formação do preço dos planos de saúde foi baseada na idade dos beneficiários, ainda que fosse permitido classificar os consumidores em grupos por: gênero, local de residência, tipo de ocupação, escolaridade, dentre outros.

A razão da escolha das faixas etárias para a variação dos valores das contraprestações se deve ao fato, cientificamente comprovado, de que o envelhecimento faz com que os seres humanos, a partir de certa idade, geralmente por volta dos 30 anos, passem a se deteriorar gradativamente, processo que se agrava significativamente após os 60 (sessenta) anos de idade.

Obviamente, existem variações na intensidade da deterioração de um indivíduo para outro, atribuída a fatores genéticos e hábitos de vida, como alimentação, prática de atividades físicas e ausência de vícios em drogas lícitas ou ilícitas, mas o efeito do envelhecimento sobre as condições gerais de saúde é universal.

De modo que, antes de 4 de novembro de 1998, os produtos foram elaborados de forma que a mensalidade ou prêmio de cada faixa etária fosse suficiente para arcar com todas as despesas de assistência à saúde dos beneficiários da mesma faixa de idade.

Em teoria os beneficiários titulares pagavam mensalidades compatíveis com o risco gerado, ocorrendo o equilíbrio atuarial e financeiro. Assim, os valores das mensalidades dos beneficiários mais jovens eram extremamente mais baixos do que os pagos pelos consumidores idosos.

A diferenciação de valores entre as faixas etárias não é desarrazoada, pois, conforme demonstrados nas Figuras 1 e 2, o custo de assistência à saúde de idosos é mais do que 7 vezes superior ao custo com pessoas da primeira faixa etária:

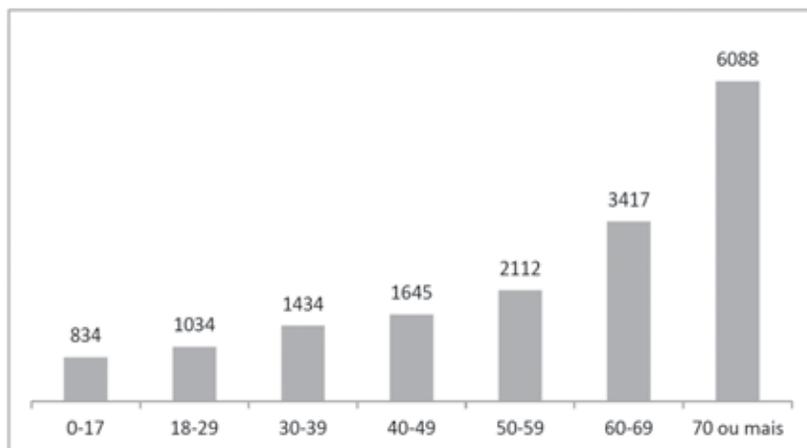


Figura 1 - Custo Médio Assistencial por Faixa Etária (R\$)

7 Faixas Etárias – Resolução CONSU nº 6/1998

Fonte: UNIDAS – Pesquisa Nacional 2007 (2008)

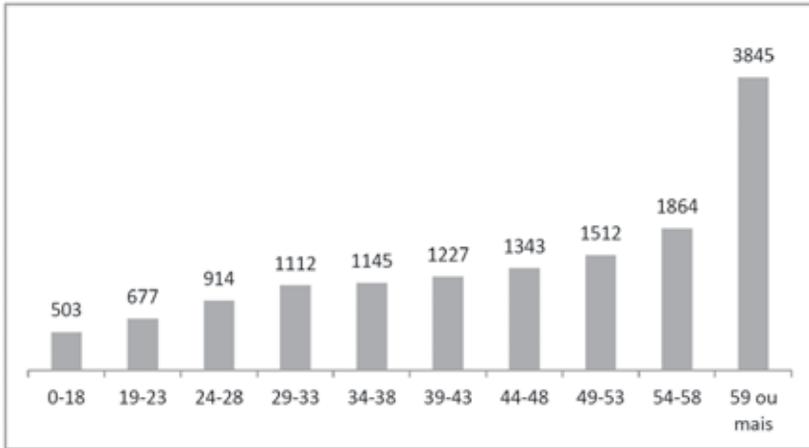


Figura 2 - Custo Médio Assistencial por Faixa Etária (R\$)  
10 Faixas Etárias – Resolução Normativa ANS nº 63/2003  
Fonte: UNIDAS – Pesquisa Nacional 2007 (2008)

Para vislumbrar os impactos do envelhecimento nos custos assistências, com a clara demonstração dos valores a serem cobrados dos beneficiários por faixa etária, sem a *community rating*, é providencial observar o estudo realizado pela Unidas no ano de 2007 (Tabelas 1 e 2).

Tabela 1 - % de variação do custo assistencial por faixa etária  
7 Faixas Etárias conforme Res. CONSU nº 06/1998:

| Faixas Etárias | Custo Assistencial (R\$) | % de variação |
|----------------|--------------------------|---------------|
| 0-17           | 833,53                   |               |
| 18-29          | 1.033,80                 | 24%           |
| 30-39          | 1.433,72                 | 39%           |
| 40-49          | 1.645,16                 | 15%           |
| 50-59          | 2.112,39                 | 28%           |
| 60-69          | 3.417,00                 | 62%           |
| 70 ou mais     | 6.087,97                 | 78%           |

Fonte: UNIDAS – Pesquisa Nacional 2007.

Tabela 2 - % de variação do custo assistencial por faixa etária  
10 Faixas Etárias conforme Res. ANS nº 63/2003:

| <b>Faixas Etárias</b> | <b>Custo Assistencial (R\$)</b> | <b>% de variação</b> |
|-----------------------|---------------------------------|----------------------|
| <b>0-18</b>           | 502,95                          |                      |
| <b>19-23</b>          | 677,00                          | 35%                  |
| <b>24-28</b>          | 914,00                          | 35%                  |
| <b>29-33</b>          | 1.111,58                        | 22%                  |
| <b>34-38</b>          | 1.144,98                        | 3%                   |
| <b>39-43</b>          | 1.226,96                        | 7%                   |
| <b>44-48</b>          | 1.343,35                        | 9%                   |
| <b>49-53</b>          | 1.512,46                        | 13%                  |
| <b>54-58</b>          | 1.863,53                        | 23%                  |
| <b>59 ou mais</b>     | 3.844,95                        | 106%                 |

Fonte: UNIDAS – Pesquisa Nacional 2007

A legislação atualmente vigente visa atingir uma situação em que haja oferta de coberturas de saúde para todos, principalmente aos mais idosos, a preços razoáveis e assegurando-se condições mínimas de solvência das operadoras e seguradoras de saúde suplementar, impondo limites à variação do valor cobrado conforme variam as faixas etárias. Assim, os valores cobrados dos beneficiários com mais de 59 não pode ser superior a seis vezes o valor cobrado dos consumidores com menos de 19 anos e, ainda, a variação percentual do reajuste entre a 7ª (sétima) e a 10ª (décima) faixas, deve ser menor ou igual aos percentual de reajuste entre a 1ª (primeira) e a 7ª (sétima) faixas.

Entretanto, o resultado destas limitações é que o valor arrecadado nas últimas faixas etárias não é suficiente para arcar com todas as despesas que essas faixas geram às operadoras e segurados. De modo que para atingir o equilíbrio técnico-atuarial (solvência) as operadoras precisam cobrar um valor proporcionalmente maior nas demais faixas etárias. Ou seja, há nos chamados “planos novos” um mecanismo de subsídio de algumas faixas etárias a outras. Assim, as faixas de menor risco (no caso, os jovens) pagam mensalidades proporcionalmente mais elevadas que as faixas de maior risco (no caso, os idosos). E mesmo dentre os idosos, os “jovens idosos” (60 a 74

anos) subsidiam os “mais idosos” (a partir de 75 anos), pois todos pagam o mesmo valor (*community rating* puro), só que os “mais idosos” geram custos muito mais elevados.

Apesar das mudanças na regulamentação, diversos contratos de produtos anteriores às alterações legislativas continuam vigentes no formato inicial, apesar de que, segundo o texto original da Lei 9.656/98, os contratos de prestação de assistência à saúde assinados antes da regulamentação do setor deveriam ser adaptados às novas regras em 90 (noventa) dias da obtenção, pela operadora, da autorização de funcionamento.

Porém, em menos de 30 (trinta) dias da aprovação da Lei dos Planos de Saúde (9656/98), esse prazo foi dilatado para 15 (quinze) meses da vigência da lei, em virtude da impossibilidade de consecução por, inevitavelmente, acarretar aumento de preço em função da ampliação de cobertura assistencial, como determinado no texto legal. Pouco antes da conclusão do prazo definido na MP 1.685-1, a adaptação obrigatória dos contratos foi transformada em opção do consumidor pela MP 1.908-17. Desta forma, os contratos antigos passaram a ter validade por tempo indeterminado sem que, sob qualquer hipótese, pudessem ser transferidos a terceiros ou comercializados.

A validade do pactuado antes da efetiva regulamentação do setor de saúde suplementar gera demandas judiciais constantes, pois estes produtos não foram elaborados com base na realidade legal e normativa atual, assim, o beneficiário dos “planos antigos”, quando jovem, pagou uma mensalidade muito menor do que o consumidor das primeiras faixas etárias paga hoje nos chamados “planos novos”, porque no passado não havia necessidade da implementação do *community rating* na elaboração dos planos de saúde (produtos).

De maneira que, ao contrário do entendimento jurisprudencial predominante, nem todo reajuste por faixa etária aplicado aos beneficiários idosos dos “planos antigos” é abusivo. Desta feita, o objetivo do presente artigo é destacar as alterações legislativas e normativas acerca do tema em ordem cronológica, bem como evidenciar o entendimento jurisprudencial atual.

## 1. Disposições legais

Nos contratos celebrados até o início da vigência da CONSU nº 6 e da Lei n. 9.656/98, comumente chamados de “contratos antigos”, cada operadora definia as faixas etárias e os percentuais de variação do preço a cada mudança de faixa, observando os fundamentos técnicos atuarias e as regras da SUSEP e o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990).

JA Lei n. 9.656 em seu artigo 15 é assertiva ao estabelecer que os reajustes por faixa etária devem ocorrer conforme as normas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, e o parágrafo único do mesmo artigo estabeleceu a proibição de reajuste para os beneficiários com mais de 60 (sessenta anos) que participam de planos há mais de 10 (dez) anos, conforme se verifica da leitura do artigo 15.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (BRASIL, 1998a).

Sobre o período de contratação de 10 (dez) anos, a Resolução CONSU 6/98 (alterada pela CONSU 15/1999), no parágrafo segundo, do artigo segundo esclarece que a contagem deve ser considerada, de forma cumulativa, os períodos de dois ou mais planos ou seguros, desde que sucessivos e sem interrupção e na mesma operadora ou em operadoras diferentes se caracterizada a sucessão, conforme segue:

§ 2º A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada sucessão. (BRASIL, 1998b).

O número de faixas etárias e a limitação da variação somente passou a ser regulado após o dia 4 de novembro de 1998, início da vigência da Resolução CONSU 6/1998, cujo regramento foi alterado após o início da vigência do Estatuto do Idoso, Lei Federal n. 10.741/2003.

De modo que, atualmente existem 3 (três) regras diferentes para a aplicação de reajuste por faixa etária, quais sejam:

a) Os contratos firmados anteriormente a 02 de janeiro de 1998 e não adaptados, com variação de valores entre as faixas limitada pelo Código de Defesa do Consumidor;

b) Os contratos avençados entre 02/01/1998 e 31/12/2003, que são as 7 (sete) faixas etárias definidas no artigo primeiro da Resolução CONSU 6/1998, quais sejam:

- I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;
- II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;
- III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
- IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
- V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
- VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
- VII - 70 (setenta) anos de idade ou mais. (BRASIL, 1998b)

Acerca da Resolução CONSU 6/1998, vale destacar também que em seu artigo 2º foi definido que o valor cobrado na última faixa deve corresponder ao máximo 6 (seis) vezes o valor da primeira, conforme segue:

Art. 2º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde

que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução. (BRASIL, 1998b).

c) Contratos comercializados a partir de 01/01/2004, ou seja, posteriormente a vigência do Estatuto do Idoso, que proíbe a discriminação do idoso na cobrança do plano de saúde e da edição da Resolução Normativa nº 63/2003, que altera as faixas etárias de 7 para 10, além de regular o percentual de variação da cobrança entre elas, conforme segue:

### 1.1. Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003)

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 3º É vedada a discriminação dos idosos nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

### 1.2. Resolução Normativa nº 63/2003

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

- I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
- II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
- III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
- V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
- VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
- VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
- VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
- IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;
- X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

- I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;
- II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.
- III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

Desta feita, para os contratos firmados a partir de 01/01/2004, além do limite de reajuste de até seis vezes o valor da primeira faixa, o percentual de reajuste aplicado entre a sétima e décima faixas deve ser menor ou igual ao reajuste aplicado entre a primeira e a sétima, evitando-se o abrupto aumento de valor das contraprestações quando da aplicação do reajuste para os beneficiários mais velhos.

A Lei também obrigou as operadoras a, nos contratos antigos, repactuar o percentual de reajuste para idades acima de sessenta anos, diluindo-o em parcelas iguais ao longo da respectiva faixa ou ao longo de dez anos (art. 35-E). Posteriormente, este artigo foi suspenso em Medida Cautelar pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.931). Assim, *os contratos antigos continuam sujeitos às cláusulas pactuadas* e às normas vigentes à época.

## 2. Jurisprudência

Em que pese haverem contratos vigentes, cuja elaboração foi baseada na ausência de regulamentação, ou em normas hoje revogadas, a jurisprudência atual caminha no sentido, temerário em nossa opinião, de entender todo o reajuste por faixa etária aplicado aos beneficiários idosos como abusivo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou o entendimento da abusividade dos reajustes por faixa etária aos idosos, por meio da súmula 91 e, foi além, definindo que todo “contrato antigo” se submete aos ditames da Lei 9.656 e do Código de Defesa do Consumidor:

### Súmula 91:

Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária.

### Súmula 100:

O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

No mesmo passo foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nas seguintes decisões:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL- TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE -REAJUSTE EM FUNÇÃO DA FAIXA ETÁRIA - ABUSIVIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ART.273 DO CPC. 1. A concessão da antecipação da tutela está condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC. 2. Caracterizada a prova inequívoca que, por sua vez, demonstra a verossimilhança das alegações do agravante, e, configurado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, necessária se faz a concessão da medida pleiteada. 3. *Nos termos do art. 15, §3º do Estatuto do Idoso, § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.* 4. *A orientação jurisprudencial é firme no sentido de que é abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, sendo irrelevante que o contrato tenha sido celebrado antes da vigência do Estatuto do Idoso, da Lei nº 9.656/98 ou do Código de Defesa do Consumidor.* 5. O valor constante da exordial baseia-se na tabela de reajustes da Agência Nacional de Saúde.

6. Recurso não provido. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.13.110265-9, Relatora Desembargadora Mariza Porto, julgamento 23/04/2014).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL – PLANO DE SAÚDE - MENSALIDADE - IDADE - FAIXA ETÁRIA - ABUSIVIDADE - CLÁUSULA BARREIRA - APLICAÇÃO DO CDC. O estabelecimento de mensalidades de acordo com a faixa etária do contratante, mediante a cobrança de valores sobremaneira elevados daqueles que ingressam no plano de saúde em idade avançada, é conduta abusiva das Operadoras de Plano de Saúde, que viola o artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, o artigo 14 da lei 9.656/98, e sobretudo o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, que veda o estabelecimento de obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. *Da mesma forma que o reajuste por mudança de faixa etária após os 60 anos pode ser capaz de expulsar o consumidor do plano de saúde a exigência de valores muito elevados desde o primeiro mês de contratação é capaz de inviabilizar a própria formação do vínculo contratual, impedindo que os idosos tenham acesso aos Planos de Saúde.* (TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.11.050452-2/001, Relator Desembargador Estevão Lucchesi, julgamento 20/02/2014).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA – PLANO DE SAÚDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REAJUSTE UNILATERAL DO PREÇO DAS MENSALIDADES - FAIXA ETÁRIA - ESTATUTO DO IDOSO - CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA - CLÁUSULA CONSIDERADA NULA - DEVOLUÇÃO DA QUANTIA NA FORMA SIMPLES. - PRESCRIÇÃO TRIENAL.

- Não há que se afastar a legitimidade do consumidor para pleitear o que considera de direito em planos coletivos, tendo em vista que a prejudicialidade sobre ele incorre.

- A prescrição para ressarcimento de eventuais parcelas pagas a maior é trienal.

- A relação havida entre as partes é de consumo, devendo ser analisada a luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- O reajuste que não permite ao segurado saber os ônus contratuais, demonstra o desequilíbrio contratual, prática vedada pela lei consumerista, enumerada dentre as cláusulas abusivas, nulas de pleno direito. O art. 15, § 3º da Lei 10.741/03, prescreve a

vedação de discriminação ao idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

*-O usuário que atinge 60 anos, cujo plano de saúde antecede a Lei 9.656/98, está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária, pela própria proteção oferecida pela Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230 e pelo Código Civil, que busca o equilíbrio nas relações contratuais. (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0155.12.001548-4/001, Relator Desembargador Alexandre Santiago, julgamento 04/12/2013).*

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - REAJUSTE DE MENSALIDADES EM PLANO DE SAÚDE - FAIXA ETÁRIA - ABUSIVIDADE - RELAÇÃO DE CONSUMO - SENTENÇA MANTIDA.

-Em observância aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, e para manutenção do equilíbrio contratual entre as partes, não se permite aumentos abusivos em plano de seguro saúde, em decorrência da alteração da faixa etária.

*- O art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) estabelece que "é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0024.12.348009-7/002, julgamento 11/12/2013).*

Em sentido diverso, manifestando abertamente que são lícitos os reajustes por faixa etária para idosos, apenas coibindo os excessos, o que consideramos adequado e justo, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 1.0514.13.000931-9/001, conforme segue:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE - CDC - LEI N. 9.656/98 - REAJUSTE DE CONTRAPRESTAÇÕES - FAIXA ETÁRIA -DEVOLUÇÃO DE VALORES. Aplicam-se aos contratos celebrados com as instituições de previdência privada as disposições da Lei 8.078/90. A entidade de previdência privada encaixa-se na descrição do art. 1º, da Lei n. 9.656/98, devendo se submeter às suas regras. É

*facultada a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos e seguros em razão da idade do consumidor, desde que sejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas e desde que sejam obedecidas algumas restrições e limites legais aos reajustes. A lide deve ser solucionada, permitindo-se a implementação de reajustes, com base nas faixas etárias previstas pelo contrato, que obedeçam o teto de 50%, razoável para remuneração do prestador de serviços. “O reajuste das mensalidades de plano de saúde deve ser realizado em patamar razoável, pois se tratando de relação de consumo consideram-se nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Embora seja possível e lícito o reajuste anual do plano de saúde, mostra-se desarrazoado e excessivo aquele que onera em 72,80% o valor do contrato”. (v. v.). (TJMG, Apelação Cível 1.0514.13.000931-9/001, Relatora Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, julgamento 11/11/2013).*

Aparentemente, por vezes os tribunais ignoram o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de que a abusividade do reajuste por faixa etária para idosos deve ser apurado de acordo com o caso em análise, conforme a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial n. 809329:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. - O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). - Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. - A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. - Enquanto o

contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido.

- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).

- *Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. - A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.*

- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido (REsp. 809329/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, p. no DJU em 11.04.08, p. 135).

### 3. Conclusão

O entendimento de que é abusivo todo e qualquer reajuste por alteração de faixa etária para consumidores idosos, revela-se injusto, na medida que, por vezes, devido ao ‘produto’ ou o ‘contrato’ ter sido elaborado antes da vigência da normatização atual, ou até mesmo antes da existência do Código de Defesa do Consumidor, de modo que os valores de cada faixa etária eram compatíveis com o risco de sinistro.

De forma que, a existência de variação contratual por faixa etária não significa por si só que os reajustes sejam desleais, há de se ter em medida que em muitos casos os valores pagos pelo mesmo consumidor quando mais jovem eram demasiadamente inferiores àqueles pagos pelos jovens contratantes dos planos atuais. Ainda que o reajuste pareça exagerado em relação ao valor pago antes da sua aplicação, o mesmo se deve a ausência do *community rating* na precificação das faixas etárias dos “planos antigos”.

Destarte, é imperioso analisar cada caso de acordo com as normas vigentes à época da contratação, coibindo apenas os reajustes efetivamente abusivos, senão obviamente não será alcançada a justiça.

### 4. Referências

BRASIL. Agência Nacional de Saúde. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar. CONSU n. 06, de 3 de novembro de 1998. Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=312)>. Acesso em: 8 maio 2014. (1998b)

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 5 maio 2014. (1998a)

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 8 maio 2014.

CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, André. O envelhecimento populacional e as despesas do Sistema Único de Saúde. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004. (Cap. 13).

UNIDAS. União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde. *Pesquisa Nacional 2007*. São Paulo: UNIDAS, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.unidas.org.br>>. Acesso em: 5 maio 2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140026





5

Direito  
Público  
Constitucional

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

## ARTIGO

---

### A (IM) POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PERTINENTES AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### THE POSSIBILITY OR NOT OF JURISDICTION CONTROL ON THE PUBLICS POLICIES ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION

LUCAS ROGERIO SELLA FATALA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

lucasfatala@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O artigo, por meio de revisão bibliográfica, coleta jurisprudencial e hermenêutica jurídica, pretende analisar a possibilidade ou não de controle jurisdicional nas políticas públicas, levadas a cabo pelo Poder Executivo e Administração Pública, concernentes ao direito fundamental de educação. Este trabalho transita pelas necessárias ponderações sobre a interpretação contemporânea da teoria tripartite dos poderes, sobre a natureza das políticas públicas, sobre a celeuma dos atos administrativos discricionários, sobre o direito fundamental à educação, e finaliza com as políticas públicas de educação nos tribunais brasileiros, para concluir, não apenas na possibilidade do controle jurisdicional, mas também pela sua natureza de dever do Poder Judiciário como aplicador efetivo dos ditames constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas; controle jurisdicional; teoria dos poderes; direitos fundamentais; educação; poder discricionário; reserva do possível; mínimo existencial.

**ABSTRACT:** The article approaches a important topic for the promotion of the basics (fundamental) rights and offers a brief review on the theory of public power and his divisions, on the nature of the publics policies and about the education basic right. The work still aims to highlight some decisions of the Supreme Brazilian Court and estates courts about the conflict. In the conclusion of the proposed theme, the article ends with the affirmative about the possibility and obligation of the jurisdiction control for the promotion and protection of fundamental rights.

**KEY WORDS:** Publics policies; jurisdictional control; power theory; fundamental rights; education; discrionary power.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A questão da ingerência. 3. Natureza das políticas públicas e seu controle. 4. A celeuma dos atos administrativos discricionários. 5. O direito fundamental de educação. 6. As políticas públicas de educação e a posição nos tribunais brasileiros. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1. Introdução

Entre os direitos sociais estampados no artigo 6º da Constituição Nacional Brasileira, encontra-se o direito fundamental de educação. Classificado pela literatura especializada como direito de segunda geração, esse impõe ao Estado uma posição ativa de apresentar meios para sua efetivação, portanto, uma conduta de *fazer e ajudar a fazer* por parte do Poder Público<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, prestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos”. (GRINOVER, 2011, p. 36).

Procedendo-se a uma redução (*reductio ratio*) dos direitos sociais é provável que se vislumbre o direito de educação como o único de especialização distinta, quicá em conjunto com o direito de trabalho. Enquanto os direitos à saúde, moradia, segurança, previdência e assistência apresentam-se vinculados à possibilidade de existência humana e sua mínima dignidade, a educação é direito que extrapola a mera sobrevivência e alcança um patamar de importância política e cultural no reconhecimento da atual sociedade pluralista.

De tal forma, as políticas públicas voltadas ao direito fundamental de educação exigem observância urgente pelo Poder Público, a serem concretizadas como função primordial da face executiva do Estado.

Mas nos casos de omissão ou má administração pelo Poder Executivo nas políticas públicas, o Poder Judiciário está legitimado a intervir na situação? E especificamente, em quais situações e com quais finalidades seria possível esse controle do judiciário no âmbito das políticas públicas sobre o direito à educação? Esta breve pesquisa tentará elucidar algumas possibilidades.

Entretanto, para apresentar respostas, outras questões devem ser abordadas com profusão, como analisar o fundamento para legitimar o Poder Judiciário a intervir em função principal do Poder Executivo, afinal, trata-se de uma *aparente* violação na independência e harmonia entre as funções do poder. Ademais, necessário conceituar o instituto das políticas públicas, bem como, esclarecer a celeuma sobre os atos discricionários da Administração Pública e, por fim, o quão basilar é a proteção e promoção do direito educacional.

## 2. A questão da ingerência

A Constituição da República Federativa do Brasil, adotada aos 05 de outubro de 1988, normatiza, em seu artigo 2º, que o poder uno e soberano, elemento essencial na formação do Estado, emana do regime democrático e especializa-se em três funções independentes e harmônicas: legislativa, executiva e judiciária.

Trata-se da consolidação constitucional da paradigmática teoria tripartite de Charles de Sécondat de Montesquieu (Barão de *La Brède*, Aquitânia, França, 1689-1755), quando motivado pelos ideais iluministas, organizou um tratado político para compreender se há leis que determinam a formação e o desenvolvimento da sociedade humana: *L'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis, 1748).

Nessa obra, Montesquieu (1748) analisa o poder na formação estatal e, pela interpretação da filosofia política pósmoderna de Norberto Bobbio, entende que:

Ao lado de uma divisão horizontal do poder há, em Montesquieu, uma divisão 'vertical', que constitui a célebre teoria da separação dos poderes. De todas as teorias do autor de 'Espírito das Leis' foi esta seguramente a que teve maior projeção, tanto que as primeiras constituições escritas, a norte-americana de 1776 e a francesa de 1791, são consideradas suas aplicações. [...] para evitar o abuso do poder, este deve ser distribuído de modo que o poder supremo seja consequência de um jogo de equilíbrio entre diversos poderes parciais, e não se concentre nas mãos de uma só pessoa. [...] O governo moderado de Montesquieu deriva, contudo, da dissociação do poder soberano e da sua partição com base nas três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária. (BOBBIO, 1997, p. 136).

Infere-se dessa análise que o poder é uma barreira para o próprio poder, devendo ser óbice para a conduta humana de *abuso do poder*. Esse entendimento arrima a ideia do *sistema de freios e contrapesos (checks and balances)* entre as funções especializadas do Estado.

A tripartição de poderes indica funções específicas de cada face do poder estatal, mas em nenhum momento determina que todas as funções são exclusivas, ou seja, de titularidade absoluta, principalmente quando importam na proteção dos direitos humanos fundamentais<sup>2</sup>. As competências previstas constitucionalmente como

---

<sup>2</sup> “A separação dos poderes, como precisou a ciência jurídica contemporânea, nada mais é do que uma *garantia institucional* dos direitos humanos, ou seja, uma forma de

privativas indicam a titularidade de primeira ação, mas se não realizadas, as demais funções do poder estatal devem por em prática o sistema de contrapesos.

Nessa linha, também coaduna Eduardo Appio (2008), o qual defende que a separação de Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim.

A compreensão de impossibilidade de intervenção por um dos poderes sobre as funções de outro poder é interpretação restritiva resultante de uma época liberalista ao extremo, quando tremulava a bandeira do *laissez-faire*. Nesse momento, a classe burguesa de capital acumulado pretendia o afastamento total do Estado para o exercício das liberdades individuais, e, por via reflexa, a independência absoluta entre as funções estatais.

Extrai-se do artigo 2º da Constituição Brasileira que os poderes não são apenas independentes, mas também harmônicos. Essa harmonia não pode ser interpretada como literal predicado de uma independência funcional absoluta, mas, sob o viés da hermenêutica neoconstitucionalista, como qualidade da própria independência dos poderes. Portanto, a independência das especializações do Estado deve ser harmônica, em um *fluido de interdependência*, o que acarreta a possibilidade de controle e intervenção entre os poderes, sempre pelo fundamento de concretizar o normatizado no sistema constitucional, com ênfase aos direitos fundamentais individuais e sociais, afinal, os preceitos constitucionais não são mera simbologia, mas imperativos de atuação.

Nessa linha, sustenta Luís Francisco Aguillar Cortez (2011) que a imposição de atuação conjunta e harmônica das funções estatais e a nova dimensão exigida para a atividade pública já não permitem que fiquemos atados à visão liberal de separação dos poderes.

---

organização interna do Estado, destinada a impedir o abuso de poder". (COMPARATO, 2001).

Não é outro o entendimento de Rodolfo Viana Pereira:

Para que o desempenho global do sistema seja capaz de suprir a quantidade de expectativas sociais, a versão liberal teve que se reformular, acarretando a primazia dos mecanismos de cooperação mútua e de outorgas especiais de competências conjuntas sobre técnicas clássicas de bloqueios recíprocos entre os poderes. (PEREIRA, 2008, p. 248).

Se superadas a exegese restritiva da carta constitucional e a visão liberalista de Estado<sup>3</sup>, pode-se afirmar que é legítima a intervenção do poder judiciário sobre as funções específicas do poder executivo, quando este se omite ou mediocrementemente administra e, de tal forma, lesa os ditames constitucionais fundamentais.

Assim, o legítimo controle pelo judiciário nas funções dos demais poderes deve ter como instrumento a sua atividade-fim, a própria função essencial de distribuir a justiça e salvaguardar os princípios do poder constituinte. Para agir à luz de sua função precípua, o judiciário deve observar sempre sua inércia, portanto, aguardar a devida provocação do jurisdicionado legitimado, o qual deverá demonstrar a lesão provocada pela omissão ou má conduta dos outros poderes.

### 3. Natureza das políticas públicas e seu controle

A própria palavra ‘política’ leva a considerar uma qualidade enlaçada aos atos de gestão da administração pública. Porém, o conceito de políticas públicas abrange mais do que a visão política de garantia da ordem pública, mas também uma instituição jurídica com o fim de efetivar direitos.

Para Maria Paula Dallari Bucci:

---

<sup>3</sup> “Mas o que é compreendido como a ‘teoria da separação de poderes’ é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”. (SILVA, 2010, p. 587).

A política pública é definida como um programa ou quadro de *ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2006, p. 14).

De tal forma, as políticas públicas constituem-se em dever de ação pela Administração Pública, no intuito de tornar efetivos os direitos reconhecidos no texto constitucional, mormente os direitos sociais e coletivos, por razão de sua fundamentalidade e amplo alcance de incidência.

Ora, se é esperada uma prestação ativa do Estado, tratam-se de direitos subjetivos, portanto, com a qualidade de serem exigidos diretamente pelo administrado por meio das vias judiciais.

Bem explica Livia Regina Savernini Bissole Lage:

Os direitos fundamentais sociais poderão, portanto, ser individualmente exigidos quando se apresentarem como direitos subjetivos individuais, e judicializados pela via coletiva quando se apresentarem como direitos transindividuais. (LAGE, 2011, p. 163).

Diversos são os legitimados ativamente para a propositura das ações concernentes à realização das políticas públicas, já que permitida ao indivíduo, mas também às instituições do Ministério Público, da Defensoria Pública e associações civis, especialmente nos casos de violações dos direitos coletivos, estes subdivididos em interesses individuais homogêneos, coletivos propriamente ditos e difusos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> “Na conceituação dos interesses o direitos ‘difusos’, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo. [...] Os interesses ou direitos ‘coletivos’ foram conceituados como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. [...] O inciso III do parágrafo único do artigo 81 conceitua os

A fim de tornar mais efetiva a defesa dos interesses sociais nas políticas públicas, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor determina que a intervenção judicial nesses casos rege-se pelo princípio da atipicidade ou fungibilidade das ações. Esse princípio emana a faculdade de o autor optar entre as diversas espécies de ações postas a sua disposição, como a ação individual, a ação coletiva, a ação civil pública, a ação para controle de constitucionalidade, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação popular, a ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, disserta Ada Pellegrini Grinover:

Disso tudo surge uma inarredável conclusão: qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas. (GRINOVER, 2011, p. 45).

Conclui-se pela natureza de determinação de agir por parte do Estado quando no âmbito de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais, como o são os direitos sociais e coletivos, havendo diversas vias judiciais para o controle das omissões do Poder Público, tanto ações individuais, quanto coletivas, todas aptas a provocar o Poder Judiciário e impulsionar sua necessária intervenção.

#### **4. A celeuma dos atos administrativos discricionários**

A diferenciação tradicional entre ‘atos discricionários’ e ‘atos vinculados’ da Administração Pública não se apresenta suficiente para identificar as hipóteses de arbitrariedade que autorizariam a intervenção judicial. Sem dúvida, o modelo clássico de discricionariedade administrativa, o qual atribui uma margem bastante significativa de liberdade ao administrador, tornou-se ofensivo à cidadania, na medida em que serve a interesses diversos do interesse público pro-

---

interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’ como os decorrentes de origem comum, permitindo a tutela deles à título coletivo. A homogeneidade e a origem comum são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais”. (GRINOVER; WATANABE, 2007, p. 820, 822 e 825).

priamente dito, isto é, às demandas sociais do Estado Democrático de Direito.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O poder da Administração é *vinculado* porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma [...] diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. [...] o poder da Administração é *discricionário* porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...] entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações [...] se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser *arbitrária*, ou seja, contrária à lei. (DI PIETRO, 2012, p. 219, grifo do autor).

Pelo modelo clássico, ocorre atuação vinculada quando a norma a ser cumprida já predetermina de modo completo e objetivo qual o único comportamento possível que deve ser tomado pelo administrador em uma dada situação concreta, cuja hipótese também vem descrita em lei. É a alta densidade normativa que restringe ao máximo a liberdade do administrador público (DANIEL, 2011, p. 96), v.g., se cumpridos os requisitos pelo administrado para funcionamento de estabelecimento comercial, esse pode exigir do agente público a promoção do ato de expedição de alvará. Por outro lado, ocorre atuação discricionária quando a lei não previu exatamente todos os elementos para a atuação do administrador, reservando-lhe uma margem de liberdade de apreciação subjetiva em uma dada situação concreta, segundo critérios de conveniência e oportunidade. É a permissividade da norma, v.g., a nomeação para cargo comissionado *ad nutum* ao alvedrio do nomeante. Porém, não é crível a real ocorrência de vinculação ou discricionariedade absoluta (perfectibilizada) do agente público, pois os princípios estipulados no artigo 37 da Constituição Nacional são inafastáveis.

O problema reside não só no exercício inadequado do ‘poder discricionário’ justificado através do binômio de juízo da ‘oportunidade e conveniência’ da Administração, supostamente isenta de controle pelo Poder Judiciário, mas, sobretudo, nas omissões arbitrárias incorridas pelo agente público que tal abertura normativa facultaria. Tais ideias não são mais comportadas pelo neoconstitucionalismo, pois neste se busca a efetividade dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Não é raro, mormente nos países em desenvolvimento, que essa margem de liberdade do poder discricionário da administração pública gere *desvio de finalidade*, portanto, desvirtuamento teleológico do direito administrativo amparado constitucionalmente. Em verdade, as normas constitucionais dirigentes ao atendimento aos direitos sociais e coletivos seguem com precária observância.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), a Administração só pode fazer o que lhe é permitido, tratando de alcançar sua finalidade de interesse público e benefício da coletividade. Mais ainda, a Administração deve fazer o que a lei lhe determina. A discricionariedade, ademais de um poder, é um dever de atingir a finalidade legal.

A finalidade do poder discricionário não comporta ser pretexto, justificativa, subterfúgio para os atos ineficientes, sejam estes por ausência de atendimento dos interesses públicos implícitos na finalidade legal ou por deficiência no atendimento. Estar-se-á perante atos que não se coadunam ao sistema normativo constitucional, tratando-se, não de atos discricionários, mas de verdadeiros atos arbitrários. Nesse momento, impõe-se a intervenção do Judiciário.

Vislumbram-se dois vícios no exercício da discricionariedade administrativa, passíveis do controle pelo Judiciário: a) *arbitrariedade por ação* (administrador age ultrapassando os limites da competência legal); b) *arbitrariedade por omissão* (agente não exerce a escolha administrativa ou a exerce insuficientemente).

O âmbito das políticas públicas, por ser intrínseco ao poder discricionário (normas constitucionais dirigentes), é o mais atingido pelo vício da arbitrariedade por omissão, principalmente pelo impacto

causado aos cofres públicos. Pela imprescindível contundência ao orçamento, a Administração Pública tem utilizado, para afastar o controle pelo Poder Judiciário, a alegação do *princípio da reserva do possível* – teoria alemã de que os direitos sociais às prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade essa localizada no campo discricionário das decisões governamentais relativas ao orçamento público.

Entretanto, o instituto da reserva do possível, o qual não pode ser simplesmente desconsiderado, encontra limites de aplicação no *princípio do mínimo existencial*, pelo qual, independentemente de disponibilidade orçamentária, o Poder Público deve garantir um núcleo mínimo de direitos para a existência de seus administrados<sup>5</sup>.

Ademais, a alegação de discricionariedade pela Administração, quando da omissão nas políticas públicas como atos administrativos, ainda encontra restrições na teoria do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes*, bem como, nos princípios constitucionais da *moralidade e eficiência*, institutos que também podem demonstrar a conduta arbitrária por parte do Poder Público Executivo.

Enfim, no âmbito dos atos a serem executados pelo poder discricionário da Administração Pública, como é o caso da implantação das políticas públicas concernentes aos direitos sociais, a omissão ou prestação insuficiente do Estado, mesmo que arrimado ao princípio da reserva orçamentária do possível, provavelmente apresentar-se-á como ato eivado do *vício da arbitrariedade*, isto é, atos contrários ao ordenamento jurídico, portanto, passíveis de intervenção e controle pelo Poder Judiciário<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “O mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância” (BARCELOS, 2002, p. 248).

<sup>6</sup> “Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente”. (DI PIETRO, 2012, p. 226).

## 5. O direito fundamental de educação

A Constituição Nacional reconhece a educação como um direito social fundamental, permitindo e direcionando o desenvolvimento de ações por todos aqueles responsáveis pela sua concretização, ou seja, poder público, família, sociedade civil, educadores, etc. Ainda, concebe a educação como direito público subjetivo, em que o poder de exigir está com os administrados, enquanto os administradores tem o dever de executar.

Para Gomes Canotilho (2003, p. 476) os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas.

A importância do direito à educação é valor axiomático ou truísmo, como verdade evidente, pois o nível de ensino de uma sociedade repercute diretamente no desenvolvimento robusto e sólido da própria democracia pluralista. É por meio da educação que os indivíduos podem efetivamente exercer diversos outros direitos, como a liberdade de pensamento, expressão, criação e comunicação social, como o direito de reunião, associação e profissionalização, como o exercício consciente do sufrágio e a consolidação democrática.

Assim corrobora André Ramos Tavares:

Foi no artigo 205 que a Constituição especificou referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais. (TAVARES, 2010, p. 775).

De tal forma, analisando a estrutura jurídica do direito à educação, infere-se seu desdobramento em dois âmbitos de necessária efetivação: a *face individual* de acesso à educação, de efetivo alcance às fontes educacionais; e a *face social* de qualidade na educação ministrada pelos institutos educacionais. Esta qualidade é ponderada pela efetividade da educação prestada, quanto mais adequada ao pleno desenvolvimento do ser humano, instruindo-o ao exercício de sua cidadania no Estado Democrático de Direito e qualificando-o ao trabalho, mais efetiva e constitucionalista será.

Para Marcos Augusto Maliska:

São diversos os aspectos que envolvem o papel da Educação em um Estado Constitucional. Inicialmente poder-se-ia dizer que a Educação é um instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico da sociedade. [...] A Educação promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela pode e deve ter, em um Estado Constitucional, a função de superação das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos. (MALISKA, 2010, p. 790).

A promoção do direito à educação está umbilicalmente vinculada à consolidação democrática, pois democracia não se faz por contagem de ‘votos vazios’, mas pela cidadania racional de seres pensantes e cientes da postura ética de responsabilidade pelo mundo que se cria na convivência, e sensibilidade para lutar pelo contínuo aprimoramento<sup>7</sup>.

Entre os direitos relativos à educação, apresentam-se: a) gratuidade do ensino oficial em todos os níveis; b) garantia de educação básica dos 04 aos 17 anos de idade, estendendo-se aos que não tiveram acesso na idade própria (redação da Emenda Constitucional nº 59/09); c) perspectiva da universalização do ensino médio; d) atendimento especializado aos portadores de necessidades espe-

<sup>7</sup> “Não haveria democracia sem direitos fundamentais e não haveria direitos fundamentais sem democracia”. (ZANETTI JR., 2011, p. 49).

ciais; e) atendimento em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade (a Emenda Constitucional nº 53/06 alterou a idade de seis anos para cinco anos); f) oferta de ensino noturno regular; g) previsão de programas suplementares de material didático-escolar; h) prioridade de atendimento à criança e ao adolescente.

Historicamente, a Constituição Brasileira de 1967 apresentava a educação como um direito de todos, porém, não possuía qualquer instrumento de exigibilidade, impossibilitando a geração de efeitos concretos. Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ter funções mais significativas na efetivação do direito de educação, por meio de ações judiciais, ou seja, de forma interventiva. É o fenômeno *da judicialização das políticas públicas de educação*.

Como precedente científico nessa relação, destacou-se o artigo “A Judicialização das Relações Escolares e a Responsabilidade Civil dos Educadores”, autoria de Álvaro Chrispino e Raquel Chrispino, quando apontaram a responsabilidade objetiva (dano e relação de causalidade sem a necessidade de demonstração de culpa) dos estabelecimentos de ensino públicos e privados nas relações escolares.

O direito à educação está indiscutivelmente positivado no ordenamento pátrio, conforme se extrai da Constituição Nacional, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, do Plano Nacional de Educação, e das diversas resoluções e decretos diretivos.

Frise-se, ainda, a observância obrigatória pelo Brasil do artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Artigo 13.1 do PIDESC “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

de 16 de dezembro de 1966, tratado este de primordial importância para a ordem e evolução benéfica da Organização das Nações Unidas. O Estado Brasileiro, após ratificar o referido pacto no cenário internacional, aprovou sua vigência interna pelo Decreto Legislativo nº 226/91 e o promulgou pelo Decreto Presidencial nº 591/92.

Outro ponto debatido é o da natureza do direito à educação na Constituição Nacional de 1988. O emanado do artigo 206, II, consiste na liberdade das instituições educacionais prestarem o ensino de forma independente das orientações ideológicas do Estado. Eis uma conquista da liberdade de pensamento e expressão, o que desde logo acarreta aumento na efetividade da face social do direito à educação<sup>9</sup>.

No tocante às disposições orçamentárias, a Constituição acautelou o mínimo de 18% (União) e 25% (Estados, Municípios e Distrito Federal) da receita proveniente de impostos a ser vinculado à manutenção e desenvolvimento do ensino. Ademais, a Emenda Constitucional nº 14/96 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEF), com destinação ao ensino fundamental.

A atenção especial em efetivar o direito fundamental à educação é tão eminente que a Constituição Brasileira, em seu artigo 208, §2º, prevê a responsabilidade plena da autoridade competente na hipótese de omissão ou oferta irregular do ensino pelo Poder Público.

Nesse viés afirma André Ramos Tavares:

No caso, a autoridade responsável será tanto o Prefeito quanto o respectivo Secretário de Educação. Trata-se de advertência, pelo sentido de intimidar o administrador público relapso; com isso se procura evitar processos judiciais baseados na omissão quanto ao dever de prestar educação obrigatória. (TAVARES, 2010, p. 787).

---

<sup>9</sup> “Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como ‘versões oficiais da História’ impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas” (TAVARES, 2010, p. 777).

Pelo exposto, pondera-se que é incontestável a natureza fundamental do direito à educação, pelo que, as políticas públicas nessa área devem ser executadas com prioridade e urgência, não havendo espaço para a omissão da Administração Pública, até porque as justificativas de discricionariedade e reserva do possível são ceifadas pela necessária concretização dos ditames constitucionais, sendo legítima, nesses casos, a intervenção e o controle jurisdicional.

## **6. As políticas públicas de educação e o posicionamento dos Tribunais Brasileiros**

Pelo abordado até o momento, os direitos fundamentais, como é o direito social à educação, por estarem normatizados no texto constitucional, e esta não é mera lírica, mas imperativo de concretização, apresentam-se como direitos subjetivos, portanto, passíveis de exigência pelo jurisdicionado, tanto em ações individuais, quanto de natureza coletiva.

De tal forma, passa-se à análise de casos paradigmáticos nos Tribunais Brasileiros, pois vejamos.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, §2º) – RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, 2006).

Contextualizando, o Município de Santo André/SP foi condenado a garantir a matrícula de todas as crianças (0 a 6 anos de idade) em creches e pré-escolas. No presente recurso, alegou, em síntese, que: a) não se pode cobrar somente dele a manutenção de ensino, sendo competência comum entre todos os entes da Federação; b) carência de aportes financeiros que limitou o atendimento educacional e grave comprometimento do Erário; c) indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, violando o artigo 2º da Constituição Nacional.

Entretanto, em sentido inverso aos argumentos apresentados pelo Recorrente, o Supremo Tribunal Federal assim ponderou: a) a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível para assegurar o desenvolvimento integral da pessoa humana; b) direito à educação é direito de segunda geração, portanto, o adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em *facere*, concluindo-se, *in casu*, por ato de omissão do Poder Público; c) o dever em questão é prioridade do Município, mesmo que seja comum a competência (art. 211, §2º, CRFB); d) a incapacidade, incompetência ou inoperância na gestão de suas finanças não são justificativas válidas para a omissão estatal na efetivação desse direito fundamental (refutação à reserva do possível); e) a educação não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública; f) o presente ato de omissão do Poder Público dá ensejo à intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito fundamental de educação.

Em outro caso, agora julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Deficiente físico – Acesso às salas de aula em escola pública dificultada por escadas – Obrigação de fazer consistente na realização de obras para as devidas adaptações do prédio – Admissibilidade – Direito de livre circulação em imóvel de uso comum assegurado na Constituição Federal de 1988, sobretudo a escola pública, que deve facilitar o quanto se pode o acesso ao ensino – Norma cuja aplicabilidade não pode ser condicionada à edição de lei estadual, que, passados dezesseis anos da Constituição Federal, não foi providenciada, constituindo reprovável conduta que fere princípios éticos e ostenta flagrante inconstitucionalidade por omissão – Ação procedente – Recursos improvidos. (SÃO PAULO, 2005).

Contextualizando, a Fazenda do Estado de São Paulo foi condenada em obrigação de fazer consistente em proceder às devidas reformas e adaptações necessárias no prédio da Escola Estadual Dom Alberto

José Gonçalves, localizada na cidade de Ribeirão Preto, com a construção de rampas de acesso a todos os compartimentos do prédio, bem como à colocação de corrimões em todas as escadas, visando garantir o pleno acesso de pessoas portadoras de deficiência física, sob pena de multa no valor de meio salário mínimo por dia de atraso na realização da obra. Em seu recurso, a Fazenda alegou: a) a Lei Federal nº 7.853/89 (normas gerais de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência física) é inaplicável, pois não há regulamentação específica para conformar a norma aos critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública; b) prejuízo ao Erário.

Entretanto, em sentido inverso aos argumentos apresentados pelo Apelante, o TJSP assim ponderou: a) incabível condicionar a aplicabilidade plena e imediata da norma constitucional de direito à educação, já regulada pela lei federal em questão, a uma lei estadual; b) conduta de inconstitucionalidade por omissão; c) a obra é de pequeno valor, a sua repercussão financeira é irrisória se comparada à imensurabilidade do direito humano protegido.

Vislumbra-se, pelas ementas supra, que os Tribunais já enfrentaram diversas questões essenciais sobre a celeuma, concluindo pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sobre educação.

Ademais, em que pese a forte vertente de defesa ao princípio da reserva do possível, não há motivo para afirmar que tal ditame e o princípio do mínimo existencial não possam se coadunar.

Ada Pellegrini Grinover incentiva a discussão:

A 'reserva do possível' pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. (GRINOVER, 2011, p. 48).

No tocante ao orçamento, sabe-se que o sistema orçamentário criado pela Constituição Nacional de 1988 é estruturado em três níveis: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Para Cesar Augusto Alckmin Jacob:

A ideia é mesmo ir afinilando e detalhando as receitas e os gastos a partir das grandes premissas do PPA, que se presta a orientar continuamente a ação governamental, num ciclo dinâmico de controle, avaliação de resultados e redefinições dos objetivos. As prioridades e metas são definidas pelas diretrizes orçamentárias, que se destinam, grosso modo, a estabelecer um vínculo entre o planejamento de longo prazo e o orçamento anual. (JACOB, 2011, p. 175).

Ao que parece, apresentar a complexidade estrutural do sistema orçamentário como justificativa para a não implantação das políticas públicas que versem sobre direitos fundamentais, como a educação, é celebrar a *burocracia kafkiana*, no modelo de “processo” em que o procedimento é mais valorizado que o mérito.

Ora, a alegação de um princípio ser absoluto, o afasta da própria condição de princípio. Os princípios não são regras absolutas, mas enunciados de orientação normativa, portanto, os princípios constitucionais não apresentam antinomias reais, mas *aparentes*, até que o intérprete alcance a ponderação para a observância dos princípios conflitantes de forma equilibrada.

Certo é que os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial possam ser ponderados para uma solução construtiva, e não conflitante. Ademais, se o Plano Plurianual já expressa a garantia dos direitos fundamentais, é no exercício da *boa administração* que o Poder Público deve estar previamente estruturado, mormente seu orçamento na Lei Orçamentária Anual, para a necessidade de urgente implantação de políticas públicas sobre direitos fundamentais.

O Estado deve garantir com urgência o mínimo existencial, independentemente de reserva orçamentária – a legislação prevê a pos-

sibilidade de relocações orçamentárias por razão de medidas urgentes de interesse público, bem como, a *boa administração* deve estar preparada para tais situações –, e o que extrapola o mínimo deve ser garantido pela inclusão no próximo orçamento a ser elaborado, com efetiva aplicação posterior das verbas na concretização dos direitos fundamentais.

Outras situações de extremo interesse para a proteção e promoção do direito educacional já aportaram nos Tribunais Brasileiros, como os apresentados a seguir e por razão de suas especificidades:

*TJSP – Apelação Cível - Apelo voluntário da Municipalidade – Contagem de prazo que se submete à regra do art. 198, II, do ECA, ainda que aplicado em dobro, em razão do disposto no art. 188 do Código de Processo Cível – Intempestividade da apelação do Município – Não conhecimento – Reexame necessário – Transporte escolar que deve ser providenciado, gratuitamente, a todos os estudantes, crianças e adolescentes do Município, das zonas urbanas e rural – Inteligência dos arts. 30, VI, 211, par. 2º e 227 da Constituição Federal, combinados com os arts. 54, I e VII e 208, I e V, do ECA – Improvimento. (SÃO PAULO, 2000, grifo nosso).*

*TJSP – Apelação Cível. Ensino Especializado. Criança com retardo no desenvolvimento neuropsicomotor, atraso na fala e epilepsia. Inexistência de escola especializada na rede pública. Necessidade de garantir plena efetividade ao direito à educação. Inteligência do artigo 208 da CF, artigo 249, § 1º da CE, Lei nº 8 069/1990 (ECA), Leis Federais nº 7.853/1989 e 9.394/1996. Segurança concedida para determinar a matrícula do impetrante em instituição particular de ensino especializado. Recurso voluntário e reexame necessário não providos. (SÃO PAULO, 2005, grifo nosso).*

*TJSP – Ação Civil Pública – Determinação da Secretaria de Educação que cancelava a matrícula de crianças e adolescentes que não comparecessem nos primeiros dez dias do ano letivo. Manifesta ilegalidade. Determinar o cancelamento da matrícula de crianças e adolescentes em razão de falta escolares, ainda que injustificadas, viola o direito de acesso à educação. (SÃO PAULO, 1999, grifo nosso).*

*TJMG – REEXAME NECESSÁRIO - SENTENÇA INSUSCETÍVEL DE PRODUZIR VALOR CERTO - APELAÇÃO CÍVEL - INTERPOSIÇÃO ANTES DO JULGAMENTO OU PUBLICAÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONHECIMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ESTADO DE MINAS GERAIS - EXECUÇÃO DE OBRAS DE ADAPTAÇÃO - PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA - ACESSO A ESCOLA PÚBLICA - LEI FEDERAL N. 10.098/2000 - DECRETO N. 5.296/04. - A interposição de apelação, antes do julgamento e/ou publicação dos embargos de declaração opostos contra a sentença, não prejudica o seu conhecimento. É da competência/obrigação do ESTADO DE MINAS GERAIS proporcionar o livre acesso das pessoas portadoras de deficiência física em edifícios públicos, pois a Lei federal n. 10.098/2000 estabeleceu prazo para que o início das obras de adaptações seja implementado pela Administração Pública direta ou indireta. (MINAS GERAIS, 2010, grifo nosso).*

*TJMG – APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 208, INCISO IV, DA CR/88. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I. A educação, constitucionalmente amparada como direito de todos e dever do Estado, é promovida e incentivada visando o pleno desenvolvimento pessoal, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. II. O artigo 208, inciso IV, da CR/88, garante às crianças até 06 anos de idade direito à educação, assegurando-lhes o atendimento em creches ou pré-escola. III. Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu artigo 11, inciso V, o ente Municipal, no âmbito de sua competência, detém o poder/dever de garantir a educação infantil. (MINAS GERAIS, 2012, grifo nosso).*

Enfim, partindo-se da adequada premissa<sup>10</sup> de uma necessária coação à decisão judicial para garantir-lhe efetividade e afastar seu efeito meramente declaratório, arrolam-se, de forma exemplificativa, possíveis sanções para o descumprimento da ordem judiciária: a) multa diária; b) intervenção no Município ou Estado; c) imputação em crimes de responsabilidade e de desobediência; d) responsabilização por ato de improbidade administrativa. Se

<sup>10</sup> “A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”. (IHERING, 2009, p. 23).

as sanções forem cominadas, é provável a reparação célere pela Administração Pública em face de seus atos de omissão e insuficiência quando pertinentes às políticas públicas de concretização dos direitos sociais e fundamentais, como é o caso do direito à educação universal e obrigatória.

## 7. Considerações finais

Superadas a exegese restritiva da carta constitucional e a visão liberalista de Estado, pode-se afirmar que é *legítima* a intervenção do poder judiciário sobre as funções específicas do poder executivo, quando este se omite ou insuficientemente administra e, de tal forma, lesa os ditames constitucionais, inclusive a própria *harmonia de interdependência* dos poderes. Conclui-se que o legítimo controle pelo judiciário nas funções dos demais poderes deve ter como instrumento a sua *atividade-fim*, a própria função essencial de distribuir a justiça e salvaguardar os princípios do poder constituinte. Para agir à luz de sua função precípua, o judiciário deverá observar sempre sua inércia, portanto, aguardar a devida provocação do jurisdicionado legitimado, o qual demonstrará a lesão provocada pela omissão ou má conduta dos outros poderes.

Infere-se pela natureza de *determinação de agir* por parte do Estado quando no âmbito de políticas públicas – ações governamentais – pertinentes aos direitos fundamentais, como o são os direitos sociais, havendo diversas vias judiciais para o controle das omissões do Poder Público, tanto ações individuais, quanto coletivas, todas aptas a provocar o Poder Judiciário e impulsionar sua necessária intervenção.

No âmbito dos atos a serem executados pelo poder discricionário da Administração Pública, como é o caso da implantação das políticas públicas concernentes aos direitos sociais, as omissões e prestações insuficientes pelo Estado, mesmo que arrimadas ao princípio da reserva orçamentária do possível – a ser limitada e ponderada pelos princípios do *mínimo existencial*, *moralidade*, *eficiência*, *motivos determinantes* –, apresentar-se-ão como atos eivados do *vício*

*da arbitrariedade*, isto é, atos contrários ao ordenamento jurídico, portanto, passíveis de intervenção e controle pelo Poder Judiciário.

Ainda, pondera-se que é incontestável a natureza fundamental do direito à educação – *um direito que garante direitos* –, pelo que, as políticas públicas nessa área devem ser executadas com prioridade e urgência, não havendo espaço para a omissão da Administração Pública, até porque as justificativas de discricionariedade e restrições orçamentárias são ceifadas pela necessária concretização dos ditames constitucionais, sendo legítima, nesses casos, a intervenção e o controle jurisdicional.

Em outra celeuma, é certo que os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial possam ser ponderados para uma solução construtiva, e não conflitante. Ademais, se o Plano Plurianual já expressa a garantia dos direitos fundamentais, é no exercício da *boa administração* que o Poder Público deve estar previamente estruturado, mormente seu orçamento na Lei Orçamentária Anual, para a necessidade de urgente implantação de políticas públicas sobre direitos fundamentais.

O Estado deve garantir com urgência o mínimo existencial, independentemente de reserva orçamentária – a legislação prevê a possibilidade de relocações orçamentárias por razão de medidas urgentes de interesse público, bem como, a *boa administração* deve estar preparada para tais situações –, e o que extrapola o mínimo deve ser garantido pela inclusão no próximo orçamento a ser elaborado, com efetiva aplicação posterior das verbas na concretização dos direitos fundamentais.

Observada a necessária coação da decisão judicial para garantir-lhe efetividade e afastar seu efeito meramente declaratório, são cabíveis sanções isoladas ou cumuladamente: a) multa diária; b) intervenção no Município ou Estado; c) imputação em crimes de responsabilidade e de desobediência; d) responsabilização por ato de improbidade administrativa. Se as sanções forem cominadas, é provável a reparação célere pela Administração Pública em face de seus atos de omissão e insuficiência quando pertinentes às políticas públicas de

concretização dos direitos sociais e fundamentais, como é o caso do direito à educação universal e obrigatória.

Pondera-se que se o Poder Executivo, como uma das funções da soberania estatal democrática, tem, no exercício da Administração Pública, o poder-dever de implantar as políticas públicas de direitos fundamentais, por consequência, o Poder Judiciário, como outra função harmônica da soberania estatal democrática, tem o mesmo poder-dever de, quando provocado e mantendo sua imparcialidade principiológica, intervir e controlar a atividade-fim da função do poder que se omitiu, corrigindo o desequilíbrio estatal pelo sistema dos freios e contrapesos.

Por fim, destaca-se que os argumentos apresentados nesta pesquisa, tocantes ao controle jurisdicional de políticas públicas pertinentes ao direito de educação, propõem, em menor ou maior grau, indícios de soluções concretas para outros casos relativos aos demais direitos fundamentais.

## 8. Referências

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 9. ed. Brasília: UNB, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP, Segunda Turma, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 22 nov. 2005. *DJ*, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.

asp?s1=%28410715.NUME.+OU+410715.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c5rtvqd>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Notas de aula: *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*. São Paulo: Escola Paulistana da Magistratura, 22 jan. 2001.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009. (A obra prima de cada autor, n. 47).

JACOB, César Augusto Alkmin. A 'Reserva do Possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissole. Políticas Públicas como Programas e Ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0702.08.494482-7/001, 3ª Câmara Cível, Rel.: Des. Silas Vieira, Belo Horizonte, 13 de maio de 2010. *DJ*, 6 jul. 2010. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=2573D1946D483F6FDFCEBE13857B54F3.juri\\_no-de2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.08.494482=7-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=2573D1946D483F6FDFCEBE13857B54F3.juri_no-de2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.08.494482=7-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar)>. Acesso em: 11 abr. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário n. 1.0596.12.000553-0/001, 7ª Câmara Cível, Rel.: Des. Washington Ferreira, Belo Horizonte, 18 de setembro de 2012. *DJ*, 28 set. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao>>.

do;jsessionId=2573D1946D483F6FDFCEBE13857B54F3.juri\_no-de2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0596.12.000553=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 11 abr. 2013.

MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito das leis*, Livro V, Capítulo II, 1748.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 275.964-5/9. Rel. Des. Milton Gordo. São Paulo, SP, 14 de março de 2005. *DJ*, 23 mar. 2005. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1869886&cdForo=0>>. Acesso em: 20 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 059.494-0/0, Rel.: Des. Nigro Conceição, São Paulo, 9 de novembro de 2000. *DJ*, 19 nov. 2000. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1306543&cdForo=0>>. Acesso em: 22 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 752.718.5/4-00, Rel.: Des. Edson Ferreira, São Paulo, 21 de maio de 2008. *DJ*, 4 jun. 2008, Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2629993&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso *ex officio* n. 60.258-0/6-00. Rel.: Des. Cunha Bueno, São Paulo, 12 de agosto de 1999. *DJ*, 22 ago. 1999. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1308473&cdForo=0>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZANETTI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

Artigo recebido em: 09/04/2013.

Artigo aprovado em: 01/10/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140027

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

CARLA CARVALHO COSTA E SILVA

Advogada

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

carla31adv@hotmail.com

### 1. Introdução

Não obstante a Constituição Federal (CF/1988) tenha lançado as diretrizes para a área da saúde, a efetiva operacionalização somente ocorreu a partir da edição da Lei n. 8.080/1990 e da Lei n. 8.142/1990.

Em decorrência da distribuição da direção do Sistema Único de Saúde (SUS) para cada um dos entes públicos, por certo repartiram-se as atribuições, separando-as ou por grau de complexidade (básica, média ou alta) ou por habilitação de acordo com a gestão.

Neste diapasão, importa ressaltar que compete à direção Nacional, exercida pelo Ministério da Saúde, a definição e coordenação dos sistemas, assim como a determinação de quais serviços e ações de saúde cabem a cada ente.

Noutro giro, podemos dizer que o município não dispõe de autonomia plena para eleger ou avocar determinados serviços e ações de saúde.

A distribuição de competência entre a União, Distrito Federal, estados e municípios é um dos pilares do SUS (arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080 de 1990), sendo que sua operacionalização se efetiva

através de Portarias, Normas Operacionais e outros instrumentos congêneres.

Mais uma vez, repita-se, a autonomia municipal é regrada pela organização sistêmica do próprio SUS.

Essas considerações iniciais são imprescindíveis para o entendimento da saúde pública, já que a sua legalidade será parametrizada pelas suas próprias normas.

Sendo assim, se houve regramento e divisão para o fornecimento de medicamentos, por óbvio, dividiram-se procedimentos e, concomitantemente, recursos financeiros para tanto. Não se pode, pois, entender que o município é responsável de forma ilimitada pelo atendimento integral e absoluto da saúde do usuário, pois ele integra a Gestão Plena de Sistema, com responsabilidade de baixa e média complexidade e com o dever de atender a coletividade, jamais a particularidade.

Caso assim não fosse, com o perdão do questionamento, para que Sistema Único de Saúde?

## **2. Ilegitimidade do município para figurar no polo passivo de ações judiciais**

Impende destacar a ilegitimidade do município para figurar no polo passivo de uma ação em que se pleiteia o fornecimento de medicamento de alto custo e complexidade que não faz parte da farmácia básica.

Assim preceitua o inciso V do art. 18 da Lei 8.080/1990:

Aos Municípios incumbe apenas 'dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde', ao passo que os Estados e a União é que possuem competência ou o poder-dever de formular 'a política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde' (art. 16, X, e art. 17, VIII, da Lei 8.080/90), compreendidos, neste conceito, a produção e a distribuição de remédios e medicamentos. (BRASIL, 1990).

Em outras palavras, não se insere, dentre as atribuições do município, a aquisição e distribuição de medicamentos pelo SUS, sobretudo de medicação de alta complexidade e elevado valor, conforme pontificado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em decisão proferida pelo relator Eduardo Andrade:

MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E QUE NÃO FAZEM PARTE DA FARMÁCIA BÁSICA - RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA - NÃO-COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ÔNUS DA IMPETRANTE - DENEGADO. - Se os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais. Portanto, o particular deverá reclamar do Município aqueles medicamentos incluídos na Farmácia Básica e do Estado os medicamentos excepcionais, assim definidos através de Portaria expedida pelo Ministério da Saúde, não se afigurando razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto. - Todos os fatos indispensáveis para demonstração do direito líquido e certo a amparar o *mandamus* devem ser comprovados pela impetrante, nos termos do artigo 333, I, do CPC. (MINAS GERAIS, 2009).

Necessário transcrever o enunciado nº 02 do 1º e 2º Curso de Direito à Saúde-Fórum Estadual Permanente da Saúde, do TJMG e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes:

O inciso II do art. 23 da Constituição da República deve ser interpretado no sentido de que a responsabilidade solidária entre os diversos entes públicos, no que se refere à saúde, limita-se as políticas públicas, previstas no art. 196, inclusive à disponibilização de verbas/previsão orçamentária para sua concretização. Entretanto, tal responsabilidade é subsidiária, quando da sua efetivação concreta e localizada, em obediência à divisão de competência dos serviços e para evitar a duplicidade de meios para fins idênticos. Aprovado. (FÓRUM ESTADUAL PERMANENTE DA SAÚDE, 2010).

É curial ressaltar que os medicamentos de alto custo /excepcionais têm valor unitário geralmente elevado, cujo fornecimento depende

de aprovação específica das Secretarias Estaduais de Saúde, conforme a Portaria nº 2.577, de outubro de 2006, inciso IV, item 29, que assim dispõe:

O financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de Medicamentos de Dispensa Excepcional é da responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores. (BRASIL, 2006).

A Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007, em seu artigo 27, *caput* e §1º, assim dispõe:

Art. 27. O Componente Medicamento de Dispensação Excepcional-CMDE destina-se ao financiamento de Medicamentos de Dispensação Excepcional para aquisição e distribuição do grupo de medicamentos, conforme critérios estabelecidos em portaria específica.

§1º O financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de Dispensação Excepcional é de responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite-CIT. (BRASIL, 2007).

Por fim, cumpre destacar que, para a aquisição do medicamento de alto custo e complexidade, deve-se seguir toda uma providência administrativa conforme detalhado no parecer técnico jurídico nº 008/09, elaborado pelo Promotor de Justiça Gilmar de Assis, coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-SAÚDE). Devido à sua importância, transcrevemos alguns trechos desse parecer:

Os medicamentos de alto custo possuem fluxos diferenciados para sua dispensação e dependem das seguintes providências administrativas: preenchimento de formulário para solicitação/autorização de medicamentos de dispensação de alto custo; serem acompanhados de relatório médico e receita médica em duas vias; solicitação de medicamentos excepcionais em 03 (três) vias, preenchida pelo médico, acompanhada de Xerox de resultado de exame; caso necessário de xerox de RG e CPF do paciente, Xerox

do comprovante de residência do paciente e telefone de contato, cartão Nacional do SUS e Termo de Consentimento. Todos estes documentos deverão ser preenchidos junto ao setor competente da Secretaria Municipal de Saúde local e encaminhados para Gerência Regional de Saúde de referência. No caso concreto que se cuida referida documentação deverá ser remetida para a Gerência Regional de Saúde com sede no município de Montes Claros para os fins de análise (aprovação ou negativa). (ASSIS, 2009, fl. 9).

## 2.1. O Mandado de Segurança e o pedido de medicamentos

O calcanhar de Aquiles do ente público municipal inicia com a impetração de Mandado de Segurança (MS) pelo solicitante, impedindo o ente de exercer seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, cláusula pétrea.

Comunga deste entendimento o Desembargador Edgard Penna Amorim do TJMG, no MS nº 1.0145.06.328239-9/001(1):

O veículo do mandado de segurança, dada a sua estreiteza, sobretudo no que diz respeito à produção de provas, não comporta, em princípio, pedidos de fornecimento de medicamentos, de pagamento de tratamentos médicos etc. (MINAS GERAIS, 2008).

Ademais, na maioria esmagadora das vezes, o MS é instruído somente com receituário médico unilateral, emitido por médico particular que não integra o SUS e que possui clínica até mesmo em outro município.

Ora, é indiscutível que esse receituário é declaração unilateral emitida pelo médico particular, presumindo-se verdadeiro em relação apenas ao signatário, não possuindo, contudo, força probante contra terceiros, conforme preceito contido no artigo art. 368, *caput* e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC), que assim preceitua:

Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativas a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato. (BRASIL, 1973).

Nesse mesmo sentido, copiosa é a jurisprudência do TJMG, da qual trazemos trechos da Apelação Cível nº 1.0145.07.396490-3/001:

[...] o relatório trazido pela impetrante à f. 29 enquadra-se na categoria de declaração de ciência (simples documento), cuja base legal é o “caput” do art. 368 do CPC. A seu turno, os documentos contendo a prescrição do medicamento postulado (f. 33 e 62) subsumem-se à espécie de declaração de vontade (instrumento particular), estando albergado no parágrafo único do mesmo art. 368. Feitos estes registros, observa-se que, seja qual for o gênero do documento particular, as informações dele provenientes têm a veracidade oponível apenas a seu signatário. Ora, isto leva à conclusão de que, a menos que haja aquiescência da parte contrária quanto ao teor da declaração - ou que a ela o litigante não se oponha -, incumbe à parte interessada na valoração do documento o ônus de demonstrar os fatos nele declarados, sob pena de não se o considerar hábil como meio de prova. (MINAS GERAIS, 2009).

Insta registrar que, quando emite um relatório, o médico alega apenas e tão somente que outras medicações para a patologia são contraindicadas para o paciente. Ele não explica, porém, o motivo de não se poder usar a medicação pertencente à mesma classe terapêutica constante da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado.

Este tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

STJ: EMENTA: ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO – MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA.

[...]

3. A Carta Magna também dispõe que 'A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação' (art. 196), sendo que o 'atendimento integral' é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adequa ao seu tratamento.

5. *In casu*, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. 6. Recurso ordinário improvido. (BRASIL, 2009).

Este também tem sido o entendimento do coordenador do CAO-SAÚDE, Promotor de Justiça Gilmar de Assis, valendo trazer as seguintes lições, constantes do parecer nº08/09:

Não obstante, observados os aspectos de conveniência, se for o caso, sugere-se a adequação dos medicamentos prescritos por outros constantes da lista de medicamentos dispensado pelo Sistema Único de Saúde. Adotada esta política, deverá ser providenciada substituição do receituário médico por outro. Em caso negativo (insistência clínica do médico assistente na prescrição do medicamento para seu paciente), exigir relatório médico pormenorizado (esclarecimentos acerca dos outros medicamentos utilizados pelo paciente e seus efeitos, benefícios e riscos do novo medicamento, além dos estudos científicos necessariamente isentos que sustentam a sua prescrição, juntando as publicações respectivas).

[...] Por outro lado, não se deslembrar que uma importante ferramenta para a garantia das ações e serviços de saúde (relevância pública) consiste no uso racional de medicamentos,

dando sustentação aos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas, dada a notória cultura (altamente) medicalizante no país, onde muitos profissionais do SUS acabam receitando novidades, influenciados pela propaganda de laboratórios. (ASSIS, 2009).

Portanto, o caminho adequado a ser seguido pelo solicitante para eventual pleito de fornecimento de medicamentos deve ser o da ação ordinária, para que assim o poder público possa exercer sua ampla defesa e contraditório, possibilitando-lhe: questionar o tratamento receitado; comprovar a existência de tratamento mais eficaz e por menor custo para os cofres públicos; equalizar os gastos, bem como comprovar a competência de fornecimento daquele medicamento de acordo com a Lei do SUS e Portarias correlatas do Ministério da Saúde.

## **2.2. Litisconsórcio necessário do estado de Minas Gerais e da União Federal**

Os arts. 6º e 196 da CF/1988, bem como os artigos 2º, VII, e 222 da Constituição Estadual do Estado de Minas Gerais impõem, genericamente, o dever do poder público – de todos os entes da Federação, e não apenas do município – de prestar assistência à saúde e à infância.

Até mesmo a Lei n. 8.080/1990, em seu artigo 4º, ao disciplinar a promoção, proteção e recuperação da saúde, estatui que o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais.

A própria CF/1988, no art. 23, II, estabelece expressamente que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. (BRASIL, 1988).

Evidente, portanto, que a condenação pretendida pelo solicitante não pode ser imputada isoladamente ao município, mas, ao poder público como um todo, nele incluídos a União Federal e o estado de

Minas Gerais (arts. 23, II, 196, 203 e 204 da CF/1988), configurando-se, dessa forma, o litisconsórcio necessário passivo, previsto no art. 47 do CPC<sup>1</sup>.

O litisconsórcio passivo necessário é admitido no MS por expressa disposição legal contida no artigo 24 da Lei nº 12.016/09.

### **3. A independência do Executivo e a ingerência do Judiciário nas suas funções**

A CF/1988, em seu artigo 196, elenca a saúde como um “direito de todos e dever do Estado” e exige dos municípios a aplicação de 15% de sua arrecadação de impostos em programas e serviços de saúde – porcentagem bastante significativa (art. 77, III, ADCT c/c art. 196, § 2º, inciso III, da CF/1988).

O mesmo Constituinte que elege a saúde como prioridade faz o mesmo com a educação, cultura, esporte, ciência e tecnologia. Assim, coerentemente, o atendimento às demandas da área da saúde deve ser feito sem prejuízo das demais áreas prioritárias.

O dever de assistência à saúde, assim como a prestação universal do ensino (art. 205, CF), a garantia do pleno exercício dos direitos culturais (art. 215, CF) e o direito ao meio ambiente (art. 225, CF) são tarefas do Estado Social, e não propriamente direito público subjetivo – cuja tutela possa ser pedida ao Judiciário ao bel-prazer do solicitante.

O STJ apresentou as mesmas considerações: não se cuida de direito público subjetivo, senão tarefa estatal, campo infenso à tutela jurisdicional:

---

<sup>1</sup> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ preestabelecidos) e para o Judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. (BRASIL, 1996).

Além disso, as tarefas estatais são decididas nas leis que configuram o sistema orçamentário – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária, conforme preceito contido no artigo 165 da CF/1988.

Oportuno repisar que existe uma repartição de atribuições, legalmente estabelecida (Lei n. 8.080/1990, arts. 16, 17 e 18), entre os três entes governamentais que não pode ser negligenciada pelo Judiciário, sob pena de transferir ao ente público municipal – justamente o mais combatido dos entes da federação – todo o ônus do custeio das demandas por medicamentos da população.

Dessa forma, qualquer comando judicial ao Executivo para atuar na esfera reservada à iniciativa discricionária fere o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF/1988), postulado básico e imprescindível do Estado de Direito, verdadeira cláusula pétrea.

Logo, é indevida a interferência do Judiciário numa política legítima traçada pelo Executivo, uma vez que o poder público não pode atender aos interesses de um ou outro paciente, em detrimento de uma demanda cada vez maior em busca do direito à saúde, sob pena de desrespeitar o princípio constitucional da equidade.

Este entendimento foi aprovado no Enunciado nº 01 dos já mencionados Cursos de Direito à Saúde-Fórum Estadual Permanente da Saúde:

O dispositivo contido no art. 196 da Constituição da República submete o direito à saúde à observância das políticas públicas, de modo a prevalecer o direito coletivo sobre o direito individual que o possa prejudicar. Aprovado. (FÓRUM ESTADUAL PERMANENTE DA SAÚDE, 2010).

A esse respeito, assim nos lecionam Costa et al:

[...] Os poucos cidadãos que têm acesso à Justiça conseguem, por ordem judicial, todo e qualquer medicamento necessário, enquanto a maior parcela da população continua a sofrer as conseqüências da ainda ineficiente gestão das políticas de acesso a medicamentos. O cidadão que tem acesso à Justiça passa a ter tratamento diferenciado em relação aos demais. (COSTA et. al, 2008, p. 316).

Portanto, o Poder Judiciário não pode jamais se imiscuir na tarefa típica do Executivo, impondo a destinação de recursos a situações individualizadas e abandonando os planos e metas administrativos traçados pelo Estado. Decisões judiciais não criam recursos nem podem obrigar o Estado a fornecer de uma hora para outra o medicamento.

### **3.1. A ilegalidade da realização de despesa pelo município sem previsão orçamentária**

Sabe-se que atualmente vigi em nosso ordenamento jurídico a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), de observância compulsória por todos os entes federados, em todos os seus Poderes.

Essa Lei, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, impõe ao ente municipal não só que estabeleça seus instrumentos de planejamento, como também siga as respectivas diretrizes neles estabelecidas, sob pena de acarretar o desequilíbrio fiscal, impondo ao respectivo gestor municipal uma série de sanções.

A fim de atingir o maior número possível de beneficiários, buscando garantir para a população o acesso universal e igualitário aos serviços

de saúde pública expresso na Magna Carta de 1988, as políticas de saúde pública são implementadas de forma regionalizada, a fim de obter uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente.

As determinações judiciais de fornecimento de medicamento de alto custo/complexidade ofendem o princípio da legalidade, na medida em que impõem ao município a realização de despesas que não se encontram compatibilizadas com seus instrumentos de planejamento orçamentário e financeiro. Isso acarreta sérios prejuízos no atendimento de sua população.

Vale destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 62, repudia a assunção pelo município de despesas que sejam afetas a outros entes da Federação<sup>2</sup>.

Curial trazer à baila o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do Governo do Estado de Alagoas:

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nr. 91

PROCED.: ALAGOAS

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

REQTE. (S): ESTADO DE ALAGOAS

ADV.(A/S): PGE-AL- GERMANA GALVÃO CAVALCANTI LAUREANO

REQDO. (A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS (AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE

---

<sup>2</sup> Art. 62. Os Municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver:

<sup>1</sup> - autorização na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual;

<sup>11</sup> - convênio, acordo, ajuste ou congêneres, conforme sua legislação.

SUSPENSÃO DE EFETIVAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº  
2006.002444-8)

INTDO. (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados '(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) ' (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, '(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...) ' (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a '(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...) ' (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamen-

tos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente. (BRASIL, 2007).

Também se manifestando sobre situação análoga a essa, o TJMG assim se posicionou a respeito da questão:

EMENTA: Agravo de Instrumento - Medida Cautelar Inominada - Legitimidade ativa - Ministério Público - Ilegitimidade passiva - Diretor da Secretaria de SAÚDE - Liminar contra o Poder Público - Vedação relativa - Administração Municipal - MEDICAMENTOS não incluídos na Relação de Assistência Farmacêutica Básica - Ausência de recursos - Lei de Responsabilidade Fiscal - Desequilíbrio orçamentário. [...] Cabe ao Estado repassar recursos aos Municípios, no intuito de cooperar com a prestação de serviços de atendimento à SAÚDE da população. Na ausência de recursos suficientes não há como a Administração atender satisfatoriamente às necessidades farmacêuticas na sua área de gestão, sob pena de prejuízo e desequilíbrio orçamentário. A impossibilidade de atendimento à totalidade das necessidades dos Municípios não caracteriza, a princípio, ilegalidade ou afronta à Lei Maior, pois o MUNICÍPIO age dentro dos limites estabelecidos na Lei Complementar 101/00, em observância ao princípio da legalidade, sob pena de prevalecer o interesse individual sobre o interesse coletivo no que tange ao equilíbrio das contas públicas. (MINAS GERAIS, 2003).

É incontroverso que, por mais que o julgador resolva o problema de imediato, sua decisão é ilegal e inconstitucional, pois não há recursos para tudo.

O que se percebe é que o Judiciário, aparentemente, resolve o problema deferindo a liminar. Mas o Executivo continuará com um problema muito sério: terá que atender à liminar sob pena de responder por crime de desobediência. Inclusive o Secretário de Saúde poderá ser preso, caso não cumpra a ordem no prazo legal – fato que já ocorreu diversas vezes. Para o cumprimento da liminar, o gestor público terá que retirar recursos de outros projetos que

também são essenciais para outras pessoas, as quais dependem de recursos públicos para sobreviver. É delas, frise-se, que será suprimido o atendimento para cumprir as liminares.

Por fim, é fundamental também repisar que a execução dos serviços públicos de saúde, por importar em despesa de verbas públicas, deve estar rigorosamente adstrita aos ditames da lei orçamentária (art. 165 e parágrafos da CF/1988), tudo a mando das vedações expressas, entre as quais o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual e a transposição ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa (art. 167, incisos I e VI, da CF/1988).

### **3.2. Princípio da reserva do possível**

O princípio da reserva do possível, cuja origem se encontra em decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, baliza-se no fato de que o cidadão só pode exigir do Estado prestação nos limites da razoabilidade financeira estatal, consubstanciando-se em verdadeiro limite material à atuação do Estado.

Nesse sentido, ponderam Pereira e Coelho:

[...] a escolha das prioridades partindo do mercado para as garantias, nesta ordem, implica a limitação da concretização dos direitos fundamentais à observância de critérios materiais objetivos, que se perfazem em limites fáticos do possível. (PEREIRA; COELHO apud ASSIS, 2007, p. 163).

A respeito deste princípio, cumpre trazer os ensinamentos de Alexandre Bernardino Costa et al:

[...] Quando se fala em orçamento, é muito levantado o argumento da reserva do possível, que é uma expressão utilizada por alguns juristas e magistrados para indicar as possibilidades de efetivação de um direito (especialmente os direitos sociais ou direitos de prestação) em face da escassez de recursos inerentes à atuação estatal. Ademais, tal expressão já foi utilizada pelo

Supremo Tribunal Federal, em especial na comentada ADPF 45. Sobre o tema, merece menção o que aponta Ana Paula de Barcellos: ‘a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas (BARCELLOS, 2002, p. 236)’. (COSTA et al, 2008, p. 315).

Contudo, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado com o escopo exclusivo de liberar-se do adimplemento de suas obrigações constitucionais, notoriamente quando, dessa conduta estatal negativa, puder resultar nulificação de garantias constitucionais fundamentais.

Na verdade, os elementos componentes do binômio *razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado* devem configurar-se de modo incontroverso e cumulativamente; ausente qualquer um desses elementos, o Estado estará impossibilitado de aplicar o princípio.

Cada vez mais constantes e numerosas são as ações em que se objetiva que a administração pública municipal seja obrigada a fornecer determinados medicamentos de competência de outro ente federativo.

É público e notório que o Brasil é um país carente de recursos financeiros e estruturais. A saúde – direito social – é sem dúvida prioridade. Conforme o princípio da reserva do possível, a dotação orçamentária tem que se adequar a isso.

Em suma, deve-se ponderar que a limitação de recursos existe e é uma realidade que acomete o poder público. Por isso, é imprescindível a observância da repartição de competência de entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos que não fazem parte da lista da farmácia básica do ente municipal.

#### **4. Saúde pública: direito ou mercadoria?**

Até a década de 1980, via de regra, a pesquisa clínica de drogas era feita pelos pesquisadores que não tinham qualquer patrocínio

ou influência das companhias que patrocinavam seus trabalhos. Os laboratórios farmacêuticos faziam uma doação a um centro médico acadêmico e aguardavam os resultados sem qualquer tipo de influência.

Após esse período, os laboratórios farmacêuticos passaram a controlar os ensaios clínicos, gerando a “indústria da pesquisa”, que é patrocinada pelas próprias indústrias fabricantes das drogas.

Os ensaios clínicos das drogas a serem lançadas no mercado são, lamentavelmente, controlados pelos patrocinadores, e não pelos pesquisadores.

A esse respeito vale citar Angell, sobre essa triste realidade vivenciada diuturnamente, não só nacional, mas também mundialmente:

[...] À medida que se tornavam mais ricos, poderosos e mais motivados pelo lucro, os laboratórios farmacêuticos passaram a ter menos propensão a ficar aguardando que os pesquisadores acadêmicos produzissem seus resultados. [...] Portanto, em vez de ficar na dependência de que os centros acadêmicos testassem suas drogas, os laboratórios farmacêuticos se voltaram para uma nova indústria de pesquisa com fins lucrativos que surgiu para servi-los – as organizações para pesquisa por contrato que descrevi no capítulo 2. [...] estas empresas contratam médicos particulares para colher dados de pacientes, de acordo com instruções da companhia. Os médicos em si são pesquisadores treinados, de modo de que simplesmente cumprem as ordens – ou correm o risco de perder seus lucrativos acordos com seus contratantes. As organizações para pesquisa por contrato, por sua vez, detêm controle quase absoluto sobre estes ensaios [...]. (ANGELL, 2008, p. 117-118).

Corroboram a discussão dessa autora os ensinamentos de Costa et al:

[...] A indústria farmacêutica passa por um processo cada vez maior de centralização de poder nas mãos de poucas empresas multinacionais que dominam o mercado com práticas de concorrência desleal, enfraquecimento do parque industrial nacional e estímulo ao consumo de seus novos medicamentos.

Ademais, os brasileiros sofrem também com acertos de preço, fraudes e adulterações dos fármacos distribuídos, conforme apurado pela CPI dos medicamentos instalada na Câmara de Deputados no ano de 2000. (COSTA et al, 2008, p. 312).

O principal alvo de assédio da indústria farmacêutica é sem sombra de dúvida a classe médica, já que é essa classe profissional que procede às prescrições médicas tão desejadas pela indústria farmacêutica.

Para explicar o procedimento, vale transcrever exemplos típicos dessa rotina médica de utilização do ser humano como cobaia, transcritos da obra Angell:

[...] Catharine Greider, em seu livro *The Big Fix*, faz uma minuciosa descrição de como o marketing permeia a profissão médica. Mencionei que em 2001 a indústria farmacêutica empregava algo em torno de 88.0000 representantes para visitar os médicos em consultórios e hospitais para promover seus produtos. Isso dá algo em torno de um representante para cada cinco ou seis médicos no exercício da profissão, dependendo de se forem incluídos os residentes e internos ou não. Esses representantes de laboratórios são onipresentes no mundo da medicina. Geralmente jovens, atraentes e extremamente simpáticos. Eles andam pelos corredores de quase todos os hospitais de tamanho considerável do país, procurando uma chance para conversar com a equipe médica e azeitar a máquina com presentes tais como (livros, bolas de golfe e entradas para eventos esportivos). Em muitos hospitais-escolas, os representantes de laboratórios costumam convidar internos e residentes para almoçar, enquanto ficam por perto batendo papo sobre seus medicamentos. [...] É permitido aos representantes de laboratórios participar de conferências médicas. Eles podem ser convidados a entrar em salas de cirurgia e de procedimento, e às vezes então até presentes quando o médico examina pacientes em clínicas ou no leito. Os pacientes, em certos casos, são levados a supor que os representantes são médicos – um pressuposto que é reforçado quando os representantes de laboratórios oferecem conselhos sobre tratamentos. [...] Os laboratórios farmacêuticos pagam aos médicos várias centenas de dólares por dia para que deixem os representantes acompanhá-los enquanto atendem

a seus pacientes, um procedimento denominado “formação prática”. Uma representante da Schering-Pelough explicou que “esse é mais um modo de estabelecer um relacionamento com o médico e, espera-se aumentar os negócios. Ela foi muito franca mas os pacientes não deveriam ser usados para esta finalidade. (ANGELL, 2008, p. 142-143).

Não se pode deixar de destacar que a classe médica vem acumulando presentes oferecidos pela indústria farmacêutica, dentre os quais as amostras grátis, que são considerados os presentes mais importantes para essa entidade classista.

A respeito, transcrevemos alguns trechos da obra de Marcia Angell:

[...] Os médicos são convidados para jantar em restaurantes caros, ou para fazer viagens com despesas pagas para locais luxuosos na qualidade de ‘consultores’. Os médicos ouvem os palestrantes e dão alguma resposta mínima sobre sua prescrição dos medicamentos do laboratório ou o que pensam da nova campanha publicitária. Isso permite aos laboratórios farmacêuticos pagar aos médicos só pela presença. [...] As reuniões de Associações profissionais, tais como, as do Colégio Americano de Cardiologia ou da Sociedade Americana Hematologia, são atualmente patrocinadas em parte por laboratórios farmacêuticos. [...] Muitos congressos de grande porte parecem bazares, dominados pelas exposições pomposas dos laboratórios farmacêuticos e por simpáticos vendedores ansiosos por cumular os médicos com presentes enquanto discorrem sobre medicamentos de seus laboratórios. Os médicos perambulam pelos grandes corredores das exposições carregando sacolas de lona com a logomarca dos laboratórios farmacêuticos, cheias de brindes, mastigando comida grátis e se servindo de todo tipo de serviços gratuitos, tais como, testagem de colesterol e treino para golfe. Em lugar do profissionalismo sóbrio, a atmosfera destas reuniões é agora de um mercenarismo comercial. [...] Muitos médicos ficam indignados quando sugerem que eles poderiam ser induzidos por toda esta benevolência da indústria farmacêutica. Mas por que outro motivo os laboratórios farmacêuticos gastariam tanto dinheiro com eles? (ANGELL, 2008, p. 157-162).

A autora ainda arremata no posfácio da obra:

SEM DÚVIDA, A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E A PROFISSÃO MÉDICA NECESSITAM DE UMA REFORMA PROFUNDA. E o Congresso e a *Food and Drug Administration* precisam ser relembrados de que existem para servir ao público, não aos laboratórios farmacêuticos. Neste ínterim, o que você, como indivíduo, pode fazer para proteger seus interesses? Aqui vão algumas sugestões específicas. 1- Quando um médico lhe prescrever um medicamento novo, faça-lhe as seguintes perguntas: Qual é a prova de que este medicamento é melhor que um medicamento alternativo ou que alguma outra abordagem de tratamento? Essa prova foi publicada num periódico médico revisado por seus pares? Ou você está se baseando em informações fornecidas pelos representantes do laboratório farmacêutico? [...] Esse medicamento é melhor por que é administrado em dosagem maior? Um medicamento mais barato seria tão eficaz se administrado na dose equivalente? [...] Os benefícios compensam os efeitos colaterais, o custo e o risco de interação com outros medicamentos que tomam? [...] Essa é uma amostra grátis? Em caso afirmativo, há alguns medicamentos genéricos ou um medicamento equivalente que seja mais barato para quando acabarem as amostras grátis? [...] Você tem algum vínculo financeiro com o fabricante deste medicamento? Por exemplo, faz consultoria para o laboratório? [...] Além de amostras grátis, você recebe presentes do laboratório farmacêutico? Está sendo pago para me prescrever este medicamento e me incluir num estudo do laboratório farmacêutico? Você reserva tempo para as visitas dos representantes dos laboratórios farmacêuticos? [...] 2- E faça a seguinte pergunta para seus senadores de deputados no Congresso: Você recebe contribuição da indústria farmacêutica para sua campanha, e, em caso afirmativo, qual o montante? [...] 3- Não preste atenção aos anúncios diretos ao consumidor para medicamentos vendidos sob prescrição médica. Eles são voltados para vender medicamentos, e não para educar os consumidores, e só servem para agregar custos ao preço que você paga. Finalmente, lembre-se, do aviso do editorial do *Washington Post*, citado na página 228, para questionar os que defendem a posição dos gigantes da indústria farmacêutica, pedindo informações sobre suas fontes de renda. Não consigo em conselho melhor. Hoje em dia, até os acadêmicos mais renomados e aparentemente neutros podem estar

na folha de pagamento da indústria farmacêutica. Se estiverem, você deverá se armar de um ceticismo especial em relação aos seus pronunciamentos. (ANGELL, 2008, p. 275-277).

Ademais, insta ressaltar que a indústria farmacêutica tem colocado à disposição de seus médicos para utilização no ser humano, como cobaia, medicamentos que não foram licenciados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A própria Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, em sua Recomendação nº 10/01, recomenda aos Juízes de Direito responsáveis pela instrução e julgamento das demandas judiciais envolvendo assistência médica à saúde que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 06 do 1º e 2º Encontro de Direito à Saúde-Fórum Estadual Permanente da Saúde: “Não se recomenda o deferimento de pedido de medicamentos não aprovados na ANVISA. Aprovado”. (FÓRUM ESTADUAL PERMANENTE DA SAÚDE, 2010).

Assim dispõe o artigo 19-T da Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei n. 8.080/1990:

São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. (BRASIL, 2011).

Um caso ocorrido no Distrito Federal e relatado por Sant’Ana é o seguinte:

A CPI da Saúde instalada na Câmara Legislativa identificou uma máfia que envolve empresas, médicos e supostos doentes. O esquema montado se inicia com a prescrição de um remédio de alto custo, cuja venda no Brasil não é autorizada pelo Ministério da Saúde. A receita vem acompanhada de orientação para se procurar advogados que acionam a Justiça e obrigam as Secretarias de Saúde a comprar o medicamento. O Judiciário foi utilizado para burlar a lei e testar em brasileiros medicamentos importados e não padronizados pela ANVISA. E tudo às custas do dinheiro público. (SANT'ANA, 2009, p. 129).

Saliente-se a proliferação em nosso país de farmácias em nossas cidades, sem contar as pseudopropagandas educativas colocadas de forma massiva e repetitiva na mídia, incentivando o consumo de medicamentos.

É importante reconhecer que a máfia dos laboratórios farmacêuticos, patrocinada por médicos e advogados, colocam os magistrados em uma situação delicada, pois, de um lado há o direito à vida e à saúde – garantias constitucionais –, por outro, a máfia dos laboratórios farmacêuticos camuflada pelo discurso de médicos e advogados de que uma sentença negativa corresponderia a uma sentença de morte.

É preciso que o Poder Judiciário fique atento a essa situação repugnante, pois caso contrário os laboratórios farmacêuticos continuarão utilizando o ser humano em substituição aos ensaios clínicos feitos pelos pesquisadores nas instituições acadêmicas.

## 5. Conclusão

Não obstante exista entendimento jurisprudencial em sentido contrário, o posicionamento atual e mais acertado é que os municípios não podem figurar no polo passivo de ações judiciais com a finalidade de fornecer medicamentos excepcionais que não fazem parte de sua farmácia básica, sob pena de vilipendiar as legislações vigentes, de observância obrigatória, bem como comprometer seu orçamento com atendimento da particularidade, em detrimento da coletividade.

Na maioria das vezes, a ação utilizada pelo solicitante é o MS, que não permite dilação probatória, requisito imprescindível para o ente público contestar o pedido do solicitante, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Ou seja, neste tipo de ação, não se pode questionar o tratamento receitado nem sequer comprovar a existência de tratamento mais eficaz e por menor custo para os cofres públicos.

Portanto, é imprescindível que o Poder Judiciário proceda ao indeferimento deste tipo de ação, remetendo as partes para a via ordinária, na qual o ente municipal possa exercer a ampla defesa e o contraditório por meio da dilação probatória.

Ademais, a condenação pretendida pelo solicitante não pode ser imputada isoladamente ao município, mas ao poder público como um todo, nele incluídos União Federal e estado de Minas Gerais, configurando-se o litisconsórcio necessário passivo, conforme preceito contido no artigo 24 da Lei n. 12.016/09.

A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Executivo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes, que é uma cláusula pétrea.

Ademais o Poder Judiciário, ao determinar ao ente público municipal o fornecimento de medicamento que não faz parte de sua farmácia básica, determina o atendimento da particularidade, em detrimento da coletividade, transformando a redação do artigo 196 da CF/1988 em “saúde, dever do Estado, mas, direito de poucos”.

Também imprescindível que o Poder Judiciário, ao proferir uma decisão, proceda à estrita observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, sob pena de vilipendiar os princípios da isonomia, da seletividade e distributividade, de justiça social e redução das desigualdades sociais.

Além disso, importantíssimo frisar que a indevida interferência na administração feita pelo Poder Judiciário, além de onerar os cofres

públicos, também provoca desigualdades sociais, fato que deu início ao movimento pelo próprio Ministério Público, por meio do CAO-Saúde, e pelo Poder Judiciário, através do Fórum Estadual Permanente da Saúde no estado de Minas Gerais.

O objetivo dessas associações e do fórum estadual permanente é justamente promover uma articulação com o Judiciário para evitar equívocos e frear eventuais abusos nas ações judiciais, que têm sofrido com o assédio da indústria farmacêutica camuflada pelos receituários médicos “apelativos” e pelas petições de advogados que sempre se valem do famigerado artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Isso, no entanto, tem transformado esse artigo em “Saúde, direito de poucos”.

Por conseguinte, é indubitável que a limitação de recursos existe e é uma realidade que acomete o poder público, por isso, é imprescindível a observância da repartição de competência de entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos que não fazem parte da lista da farmácia básica do ente municipal, sob pena de ferir o princípio da reserva do possível.

Por fim, é imprescindível que os Poderes constituídos – em especial o Judiciário – e o Ministério Público fiquem atentos à máfia dos laboratórios farmacêuticos, que tem utilizado o ser humano como “cobaia”, por meio de seus representantes, entre eles, advogados e médicos.

A classe médica prescreve os medicamentos ditados pela indústria farmacêutica, enquanto que os advogados buscam o Judiciário para obter do poder público, geralmente dos municípios, o medicamento, que na maioria das vezes não é licenciado pela ANVISA.

É preciso ressaltar que os laboratórios farmacêuticos têm um único propósito: lucro.

Assim, os Juízes devem ser criteriosos em suas decisões judiciais, para que se cumpra o verdadeiro objetivo da Carta Magna de 1988, que é garantir a vida, a saúde e a dignidade do ser humano sem

qualquer camuflagem à obtenção de lucro pela indústria farmacêutica, que prescinde de pesquisas acadêmicas, utilizando-se de uma pseudoproteção da vida do ser humano.

Portanto, não é possível o Poder Judiciário garantir a vida, a dignidade e a saúde do ser humano, se este é utilizado como “cobaia” pela máfia dos laboratórios farmacêuticos, na busca desenfreada de lucros exorbitantes e astronômicos.

## 6. Referências

ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre, Notadez, 2007.

ASSIS, Gilmar de. *Parecer técnico jurídico nº 008/09*. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-SAÚDE) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

ANGELL, Márcia. *A Verdade sobre os laboratórios farmacêuticos como somos enganados e o que podemos fazer a respeito*. Traduzido por Waldéa Barcellos. 3. ed. Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Disponível em: <[www.portal.saude.gov.br](http://www.portal.saude.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Portaria nº 204 GM, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em: <[www.dtr2001.saude.gov.br](http://www.dtr2001.saude.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2008/0264294-1, da Segunda Turma, Rel.: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 2 de junho de 2009. *DJe*, 17 jun. 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 63.128.9, da Sexta Turma, Rel.: Min. Adhemar Maciel, Brasília, DF, 11 de março de 1996. *DJ*, 20 maio 1996. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=63128&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=63128&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 AL. Rel.: Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. *DJ*, 5 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

COSTA, Alexandre Bernardino et al. *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: Curso de Extensão Universitária, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

FÓRUM ESTADUAL PERMANENTE DA SAÚDE, 9 ago. 2010; 8 nov. 2010, Belo Horizonte. *Enunciados...* Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2010.

MINAS GERAIS. Recomendação nº 10, de 8 de junho de 2001. Recomenda aos juízes de direito responsáveis pela instrução e julgamento das demandas judiciais envolvendo assistência à saúde no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 3 jun. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0408.08.018702-9/001, da 1ª Câmara Cível, Rel.: Des. Eduardo Andrade, Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. *Dje*, 30 jun. 2009. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1BBC61C11EC457C951BC9B2AF278FE5C.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0408.08.018702-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1BBC61C11EC457C951BC9B2AF278FE5C.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0408.08.018702-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança n. 1.0145.06.328239-9/001, da 8ª Câmara Cível, Rel.: Des. Edgard Penna Amorim, Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. *Dje*, 17 dez. 2008. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=033ED353443BD0800ECAEFD170B80281.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.06.328239-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=033ED353443BD0800ECAEFD170B80281.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.06.328239-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0145.07.396490-3/001, 8ª Câmara Cível, Rel.: Des. Edgard Penna Amorim, Belo Horizonte, 13 de novembro de 2008. *Dje*, 6 mar. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.07.396490-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0000.00.282105-6/000, da 6ª Câmara Cível, Rel.: Des. Jarbas Ladeira, Belo Horizonte, 18 de novembro de 2002. *DJ*, 14 mar. 2003. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1BBC61C11EC457C951BC9B2AF278FE5C.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.282105-6%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=1BBC61C11EC457C951BC9B2AF278FE5C.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.282105-6%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)> Acesso em: 11 nov. 2014.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*, 2009. Dissertação (Mestrado). Brasília, 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140028





6

Direito  
Público  
Administrativo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA  
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:  
ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE**

**THE ROLE OF THE JUDICIARY IN IMPLEMENTING  
PUBLIC POLICY: ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY**

**BRÁULIO LISBOA LOPES**  
Advogado da União  
Advocacia-Geral da União, Brasil  
lisboa.lopes@yahoo.com.br

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, fato que se observa no atual contexto político-social, marcado pela omissão do Poder Legislativo e do Executivo em instituir e regulamentar determinadas políticas públicas que objetivam assegurar direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal. Busca-se, em um primeiro momento, analisar o contexto histórico do surgimento desta intervenção para, após, perquirir-se acerca de sua legitimidade, na tentativa de delinear um modelo que equacione os conflitos e tensões que advêm da judicialização das políticas públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas; omissão legislativa; intervenção judicial; Estado Democrático de Direito; mínimo existencial; direitos fundamentais; legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legitimacy of judiciary intervention on public policy, a fact observed in the current political and social context, marked by the failure of the Legislature and

Executive to institute and regulate certain public policies that aim ensure basic rights granted by the Constitution. First we analyze the historical context of the emergence of this intervention, and after, discourse about its legitimacy, in an attempt to outline a model which tries to solve the conflicts and tensions that come from judiciary intervention on public policy.

**KEY WORDS:** Public policies; legislative omission; judicial intervention; Democratic State; existential minimum; basic rights; legitimacy of Judicial Power.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Políticas públicas e a (in)eficiência do Estado. 3. Limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

O fim da Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico para a remodelação do Estado em busca de consolidação e plena efetivação de novas conquistas relacionadas aos direitos humanos e da tentativa de superação das deficiências das experiências até então presenciadas. Ressalta-se a importância do Estado na implantação e na efetivação das políticas públicas, a fim de garantir as referidas conquistas, tendo sido os direitos sociais alçados à categoria jurídica de postulados da justiça social, exigindo uma prestação positiva<sup>1</sup> do poder estatal a fim de assegurar a sua implementação. Salienta-se que, nesta nova faceta de desenvolvimento da ciência jurídica e política, o papel do Poder Judiciário é reforçado com a ampliação de suas competências, em especial no campo da invalidação de atos legislativos e de uma nova leitura das normas jurídicas à luz do texto constitucional.

Esta nova leitura das normas jurídicas impõe ao Poder Judiciário uma dimensão criativa da interpretação e da aplicação do Direito,

---

<sup>1</sup> Segundo Daniel Sarmento (2000), o Estado não tem apenas o dever de se abster da prática de atos atentatórios à dignidade humana, mas também o dever de promover esta dignidade através de condutas ativas.

realçando o caráter moral e político das escolhas efetuadas pelos juízes no exercício de seu mister. Verifica-se que as decisões judiciais inevitavelmente estão sujeitas à influência de fatores extrajurídicos relacionados ao magistrado, como a sua pré-compreensão sobre determinado assunto, ideologias, bem como sobre aspectos políticos e sociais que envolvem os mais diversos temas submetidos à sua apreciação.

É nesse contexto que a hermenêutica jurídica surge com a finalidade de reduzir as incertezas de tamanha gama de aspectos jurídicos (e extrajurídicos) que envolvem os mais variados casos, contribuindo para reduzir as incertezas que pairam sobre a interpretação do direito e fornecendo elementos necessários para a solução dos casos difíceis<sup>2</sup>. A interpretação da norma jurídica, nesse contexto, deverá valer-se de uma abordagem pós-positivista do direito:

[...] a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica alteram a relação entre as esferas do direito e da moral, que passam a ser pensadas de forma articulada. (NOVELINO, 2012, p. 199).

Paralelamente, o pensamento jurídico deve ser desenvolvido com o fim de se implementar um Estado Constitucional Democrático, colocando a garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano, afastando-se da ideologia constitucional que predominava entre os séculos XVII e XIX, na qual o objetivo primordial era tão somente a limitação dos poderes do Estado.

## 2. Políticas públicas e a (in)eficiência do Estado

Ao se falar em políticas públicas, necessariamente fazemos remissão ao Estado presencial e subvencionador. A noção de política pública revela uma noção de autossujeição em que o Estado, por vontade

<sup>2</sup> Segundo César Rodríguez (1997), autor colombiano, em sua obra *La decisión judicial*, um caso é difícil quando: os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia); dois ou mais princípios colidem; não existe nenhuma norma aplicável (anomia - lacuna), ou mesmo que exista a norma, e seja clara, seja injusta; e, finalmente, um caso é difícil quando mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modificar.

própria (emanada do próprio estado legislador), é alçado à condição de garantidor de certas atividades materiais de cunho subvencional (geralmente serviços públicos), elaboradas através de planos de governo pautados na lei, mediante uma escolha discricionária do administrador público (no que tange à forma de atuação), a qual deve ser realizada observando-se o caráter universal e seletivo das políticas públicas disponibilizadas à coletividade.

Tais prioridades devem ser resultado de uma seleção racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. Não obstante, a implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados. É fruto, pois, de um processo político de escolha de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Sob a ótica neoinstitucionalista,<sup>3</sup> as possibilidades da escolha es-

---

<sup>3</sup> “ É mister lembrar que instituições servem não apenas para a satisfação de necessidades humanas e para a estruturação de interações sociais, mas ao mesmo tempo determinam posições de poder, eliminam possibilidades de ação, abrem chances sociais de liberdade e erguem barreiras para a liberdade individual. [Waschkuhn, 1994, p. 188 f]. A institucionalização implica, portanto, custos graves, porque ela não representa somente a exclusão de muitas vozes, mas também o pesadelo da burocratização e das contrariedades que essa acarreta consigo [O. Donnell, 1991, p. 30]. Instituições não são somente um reflexo de necessidades individuais ou sociais. Instituições políticas são padrões regularizados de interação, conhecidos, praticados e em geral reconhecidos e aceitos pelos atores sociais, se bem que não necessariamente por eles aprovados. Logo, são produto de processos políticos de negociação antecedente, refletem as relações de poder existentes e podem ter efeitos decisivos para o processo político e seus resultados materiais [Prittwitz, 1994, p. 239]. É esse o ponto de partida do neo-institucionalismo que tematiza os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política. Entretanto, o neo-institucionalismo não desenvolve uma macroteoria de instituições políticas - como pretendem Parsons ou Luhmann com sua teoria dos sistemas - mas salienta apenas a importância do fator institucional para a explicação de acontecimentos políticos concretos. O neo-institucionalismo remete não somente às limitações de racionalidade do processo de decisão como consequência de uma falta ou de um excesso de informações, mas salienta a existência de regras gerais e entendimentos fundamentais que prevalecem em cada sociedade e que exerceriam uma influência decisiva sobre as interpretações e o próprio agir das pessoas. De acordo com March/Olson (1995, p. 7), a perspectiva institucional é criada em torno de idéias de identidades e de concepções do comportamento apropriado, contrapondo-se à perspectiva de troca que é constituída em torno de idéias de formação de coalizões e de uma troca voluntária entre atores políticos impulsionados pelo interesse próprio.” (FREY, 2000).

tratégica são determinadas de forma decisiva pelas estruturas político-institucionais, inclusive a capacidade dos atores políticos de modificar essas estruturas de acordo com suas estratégias. Estas abordagens devem ser efetuadas de acordo com três pilares básicos (FREY, 2000): o primeiro diz respeito ao sistema político clássico no qual se questiona sobre a ordem política real e verdadeira, sobre o que é um bom governo e qual o melhor estado para se garantirem as maiores virtudes da comunidade<sup>4</sup>; o segundo refere-se ao questionamento político propriamente dito, que analisa as forças cruciais no processo decisório, e o terceiro concerne ao resultado que um sistema decisório vem produzindo<sup>5</sup>.

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político-institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação a comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial na observância dos referidos comandos e, por fim, pela própria ineficácia das estruturas/instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Eram as preocupações principais dos teóricos clássicos, como Platão e Aristóteles.

<sup>5</sup> Esses pilares irão trazer a sustentação necessária para a correta compreensão da "policy analysis," através da empiria e da prática política, segundo Klaus Frey. Para o referido autor: "A concepção da 'policy analysis' parece, em princípio, apropriada para a análise de políticas públicas no contexto da realidade brasileira, porém é imprescindível uma adaptação da abordagem às particularidades da situação política e institucional do País, além de mostrar as próprias limitações da proposta em questão. A 'policy analysis' tradicional pressupõe, na verdade, que a variável sistema político, isto é, a estrutura institucional do sistema político-administrativo, deve ser constante e conhecida nas suas características e princípios básicos. Como bem lembra Couto, em um estudo sobre o processo de reforma do Estado no contexto da transição democrática no Brasil, torna-se difícil aplicar ao processo político transicional os mesmos modelos de análise utilizados para a compreensão de estruturas já consolidadas. [Couto, 1998, p. 55]. Além disso, a realização de estudos sobre a dimensão material de políticas públicas pressupõe um conhecimento geral dos processos de resolução de problemas, porque só no caso de um conhecimento suficiente tanto das instituições quanto dos processos político-administrativos é que estes podem servir como quadro de referência para a análise de cada campo de política". (FREY, 2000).

<sup>6</sup> É inegável a gravidade, sob o ponto de vista jurídico e político, desta omissão estatal violadora de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A não concretização dos referidos preceitos constitucionais leva o Estado a incidir em inconstitucionalidade

Em face da discricionariedade outorgada ao administrador público para estabelecer as premissas e as diretrizes dos programas sociais de promoção do bem-estar da população, acaba-se por segregar os beneficiários de acordo com o caráter seletivo e universal que se deve atribuir à execução destas políticas públicas. Tal fato também ocasionará o aumento da litigiosidade dos referidos programas sociais, objetivando a inclusão de cidadãos que, em face da objetivação dos critérios de seleção adotados por esses programas, ficaram excluídos de seu alcance e alegam injustiça na forma de execução da atuação estatal<sup>7</sup>.

Aqui surge um problema relacionado com a implementação e a eficácia desses direitos à obtenção de prestações positivas por parte do Estado, visto que a referida prestação decorre de direitos que não são referenciados em recursos finitos e, na maioria das vezes, sua disposição exige uma tomada de decisão e escolha de quais valores e bens serão distribuídos e quais serão sacrificados (CALIENDO, 2009, p. 170). Nessa seara a doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental na solução desses casos difíceis a doutrina da reserva do possível<sup>8</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*), de modo a atuar como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações positivas. Importante mencionar as considerações de Ana Paula de Barcellos sobre o tema, ao afirmar:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar [...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública. (BARCELLOS, 2008).

---

por omissão, conforme será abordado com maior profundidade nas páginas seguintes.

<sup>7</sup> É frequente a utilização das vias judiciais por parte de determinados cidadãos com o fito de conseguir que o estado custeie parte de determinado medicamento ou mesmo tratamento cirúrgico no exterior que não é ofertado pelos programas sociais já devidamente implementados a título de políticas públicas na área da saúde.

<sup>8</sup> Limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã. Pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária).

Surge, pois, a tormentosa questão de saber se é possível exigir do Estado, independentemente de concretização legislativa, algumas espécies de direitos fundamentais como se fossem verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de suportar uma demanda judicial capaz de atuar em concreto realizando o direito pretendido. Instaura-se, nesta hipótese, um verdadeiro conflito entre direitos fundamentais que deve ser resolvido segundo modelo proposto por Robert Alexy (2008) mediante a ponderação dos princípios da liberdade, da competência legislativa, da separação dos poderes, entre outros. O judiciário deverá valer-se de dois instrumentos na realização desta ponderação: o postulado da proporcionalidade e o postulado do mínimo existencial. E aqui reside o problema central do presente trabalho, o de identificar a legitimidade da substituição do administrador público pelo magistrado em sede de políticas públicas.

### **3. Limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**

O debate sobre o tema remonta à doutrina norte-americana sobre a interpretação do texto constitucional que se divide em duas linhas: a interpretativista e a não interpretativista. A primeira visão (interpretativista) é mais conservadora e rotulada de textualista, originalista ou preservacionista, ao sustentar que os juízes devem seguir o entendimento original dos criadores da constituição, sendo atribuído ao texto constitucional o sentido que as palavras ordinariamente expressam, a fim de se buscar o significado original das palavras revelado pela história e pela sociedade da época de sua criação. Em sentido oposto, na segunda linha (não interpretativismo), o legislador constituinte não tem legitimidade para impor sua visão sobre a constituição à sociedade atual, ficando a cargo dos magistrados o dever de evoluir o texto constitucional em virtude das exigências da atual sociedade.

Sob o prisma do não interpretativismo, inicia-se o movimento designado de ativismo judicial:

[...] confere ao judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais

aos já existentes, partindo do pressuposto que este poder, em geral, seria mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade. (NOVELINO, 2012, p. 170).

A ideia de ativismo está atrelada ao grau de discricionariedade que se reconhece à atividade jurisdicional. Nessa concepção, objetiva-se que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia, que por vezes não são tutelados de forma eficiente pelo Poder Legislativo, acarretando um mau funcionamento do sistema democrático-representativo que leva a uma perda de sua credibilidade por parte dos cidadãos e a uma desconfiança de sua atuação por parte dos magistrados, o que incentiva esses últimos a imiscuir-se nas atribuições inicialmente destinadas ao Poder Legislativo, passando a atuar como um verdadeiro legislador positivo. Essa atuação “legiferante” dos magistrados passa a gerar um temor no legislador, visto que tende a demonstrar a figura do juiz como um legislador paralelo, “um revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado”. (TAVARES, 2012, p. 22).

Esse contexto de desconfiança compromete as bases de um Estado Democrático de Direito, em que o legislador desconfia do juiz por motivos variados, desde a corrupção econômica que se instala nas tão noticiadas “vendas de liminares e sentenças” até o temor de que os magistrados desvirtuem o sentido das normas aprovadas validamente pelo Poder Legislativo, com sentenças impregnadas de ideologias que se desconectam quase totalmente das finalidades que objetivaram a criação da norma que é objeto de aplicação pelo Poder Judiciário. Lado outro, os magistrados, cientes do déficit legislativo e do descaso do Poder Legislativo com a sua função precípua de legislar, que por não raras vezes atua com nítido desvio de finalidade, olvidando o interesse público primário, acabam por invocar um dever funcional adjeto à magistratura no intuito de fiscalizar a constitucionalidade das leis, chegando às raias do jusrealismo<sup>9</sup>, ao

---

<sup>9</sup> Realismo jurídico é uma corrente doutrinária surgida nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, que centraliza o estudo do direito na atuação do juiz, considerando o direito aplicado concretamente – e não a moral, a justiça ou as normas jurídicas – o objeto central de pesquisa do jurista.

ponto de repelir o texto da Constituição, que passa a ter sua eficácia dependente de prévio pronunciamento jurisdicional.

Ilustrativas as palavras e os exemplos citados por André Ramos Tavares sobre o tema:

Nos últimos dez anos, o legislador federal (Congresso Nacional) aprovou uma série de leis que ampliaram os poderes do STF, atuando, portanto, como legislador confiante no judiciário. Assim podem ser citadas, dentre outras, a EC n.3/93, que criou o efeito vinculante na ADC, e as Leis n. 9868/99 e 9882/99, que criaram o efeito vinculante para as ações que não contavam com essa previsão expressa, a EC n. 45/2004, que criou a súmula vinculante, concedendo, nesse caso, inclusive, a inovadora possibilidade de atuação de ofício por parte do STF. Mas não é só. Salvo a restrição do poder de cautela dos magistrados, imposta por leis (inconstitucionais), quando a ação envolva interesses financeiros do Estado, pode-se afirmar que, em geral, as reformas processuais tem aceitado e ampliado o poder dos magistrados, valendo citar a reforma do CPC e, dentre outras, a criação da súmula impeditiva de recursos e o poder concedido aos relatores nos diversos tribunais do país.

O dado curioso, porém, é o de que tais normas favoráveis ao judiciário ocorrem em um contexto no qual o STF aparentemente estaria a fazer as vezes de legislador (e poderia ter tido suas decisões ‘lidas’ pelo legislador em termos de usurpação de funções deste). Não é difícil recordar os pronunciamentos do STF e do judiciário em temas que haviam sido abandonados pelo Parlamento, como fidelidade partidária, verticalização das eleições, definição de pesquisa com células-tronco embrionárias, definição do início da vida para fins de aborto, demarcação de terras indígenas, e isso para não falar da determinação de que o Poder Público ofereça determinados e específicos serviços de saúde (como tratamento de obesidade mórbida, infertilidade feminina, e outros tantos assuntos relacionados à saúde, educação e até tutela do meio ambiente). *Muitos desses temas foram, de certa maneira, indiretamente (e de forma questionável, em alguns casos, mas não em todos) ‘delegados’ pelo órgão legislativo ao judiciário, pois, como conclui Alessandro Pizzorno (1988:12), livram os representantes eleitos de decisões que poderiam ge-*

*rar conseqüências negativas para esses mesmos representantes, inviabilizando-os nas urnas. Basta considerar que alguns desses temas e das decisões judiciais que os acompanham apresentam grande dissenso moral na sociedade.* (TAVARES, 2012, p. 23-24, grifo nosso).

A pergunta que se coloca neste momento e que é crucial para o deslinde da questão é se a substituição do juiz ao legislador como órgão criador do direito seria constitucional. Parte da doutrina entende que o juiz é despido de legitimidade para atuar desta forma, visto que adentra no poder judiciário através do sistema meritório (concurso público) e tem posição contramajoritária (visto que não foi eleito), diferentemente do que ocorre com o legislador e o administrador público, que são eleitos como representantes do povo, sendo detentores de uma posição majoritária. Lado outro, há doutrinadores que defendem esta atuação ativista dos magistrados, afirmando tratar-se de um verdadeiro mecanismo de freios e contrapesos (check and balance)<sup>10</sup>.

Questiona-se, ainda, se a ideia do juiz legislador não afrontaria o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República de 1988. *A priori*, em um estado de bem-estar social, cabe ao administrador público providenciar a implementação das leis que garantam os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, legislação essa cuja elaboração é de responsabilidade do Poder Legislativo. Não obstante, abalizada

---

<sup>10</sup> A favor da função legislativa dos juízes encontra-se o “*Chief Justice*” inglês Garfield BARWICK, para quem a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na vida judiciária. CAPPELETTI<sup>7</sup>, sustenta que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais. Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação. A questão está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente. Mas em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade. (OLIVO, 2000, p. 85).

doutrina afirma que o princípio da separação dos poderes comporta ponderações:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 156).

Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e também para a atuação judicial na tentativa de correção desta omissão estatal (ativismo judiciário). Diante da infinidade de casos que podem surgir, cremos que a divisão em 3 categorias fundamentais de implementação de políticas públicas nos ajudará a melhor compreender a legitimidade ou a ilegitimidade da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas.

A primeira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi efetivamente cumprido pelo legislador e executado de forma plena pelo administrador público. Aqui cremos que não haverá espaço para a judicialização da questão, até mesmo porque não se vislumbrará omissão ou ineficiência do Estado, restando atendidos todos os pressupostos para a regular fruição do respectivo serviço público aos cidadãos.

A segunda categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi integralmente atendido pelo legislador e parcialmente atendido pelo administrador público (Estado), seja por motivos de ordem orçamentária (reserva do possível) seja em razão da discricionariedade da administração pública em virtude da seletividade na oferta de determinado serviço público. Aqui, *a priori*, não haveria uma legitimidade de atuação do Poder Judiciário no intuito de se implementar, via decisão

judicial, política pública que já foi objeto de elaboração, estudo e viabilização pela administração pública, em especial porque nesse prévio planejamento já houve antecipada análise e estudo acerca da disponibilidade orçamentária e da seletividade do público que mais necessita dos serviços estatais. A intromissão do judiciário nessa hipótese pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Ressalte-se que nossa Suprema Corte tem, em casos semelhantes e até mesmo mais sensíveis, adotado esse posicionamento para equacionar as questões que a ela são submetidas<sup>11</sup>.

A terceira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública não foi atendido pelo legislador e pelo administrador público, bem como àquelas situações em que, apesar de formalmente atendido, materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional. Aqui resta diferenciar a espécie do comando normativo constitucional que assegura o referido direito prestacional positivo, ou seja, trata-se de norma constitucional de eficácia plena ou de norma constitucional de eficácia limitada. A primeira, como adverte a doutrina, não

---

<sup>11</sup> A Corte Constitucional, ponderando interesses e relevâncias, decidiu que não cabe ao Poder Judiciário subtrair ao legislador suas funções, sob pena de infração a princípios constitucionais pétreos, conforme se vê do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (Medida Cautelar n° 1458/DF. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de maio de 1996), adiante transcrito: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - *Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente* (BRASIL, 1996, grifo nosso). Essa decisão reflete tão somente a determinação do Supremo Tribunal Federal em preservar plenamente as regras constitucionais imprescindíveis ao sistema – em especial a independência e a harmonia dos poderes (art. 2º, CF).

necessita de lei infraconstitucional para ser aplicada, ao contrário da segunda, que exige uma ação do Poder Legislativo no intuito de se implementar o disposto na constituição, através da edição de legislação infraconstitucional.

Quando se tratar de norma de eficácia plena e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos estar justificada a atuação jurisdicional ao determinar sua implementação, isto porque, nessa hipótese, não haverá substituição das funções legislativas pelo magistrado, visto que o texto constitucional já contém comando normativo suficiente para permitir a sua implementação. Deveras, nesta hipótese, o magistrado não estará atuando como legislador, mas sim como garantidor da força normativa da Constituição, conforme preconiza Konrad Hesse (1991). Estará o magistrado emitindo comando para que se implemente determinado direito cuja discricionariedade na elaboração da norma já foi objeto de avaliação pelo próprio constituinte.

Quando se tratar de norma de eficácia limitada e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos que a atuação do Poder Judiciário se justificará apenas nas hipóteses em que restar caracterizado o denominado mínimo existencial (FACHIN, 2001, p. 232)<sup>12</sup>. Assim, para além desse mínimo existencial fundamental à dignidade da pessoa humana, não há o dever do Estado em realizar prestações positivas e envolver recursos coletivos. Isso porque as normas de eficácia limitada seriam aquelas nas quais o constituinte traçou apenas um desenho geral de competências, atribuições e poderes para que o legislador infraconstitucional determine o preenchimento de sentido conforme as condições de seu contexto histórico. Nesse diapasão, a eficácia positiva deve ser determinada em razão da discricionariedade administrativa e da reserva do possível.

---

<sup>12</sup> Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade, não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. No mesmo sentido ver Torres (2009). Segundo o autor, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Não se afigura legítima, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

E, mesmo quando se tratar de hipóteses vinculadas ao mínimo existencial, a atuação estatal deve ser criteriosa, respeitando o postulado da reserva de consistência, ou seja, de critérios de atuação judicial concreta em situações que envolvam a implementação de políticas públicas complexas, especializadas e grande conjunto de informações empíricas e teorias conflitantes (MORO, 2001, p. 90-97). Deve o Poder Judiciário, tal como os demais poderes, levar em conta a escassez de bens para a satisfação material de necessidades públicas previstas constitucionalmente. Essa situação impõe que a verificação do custo dos direitos e da escassez se reflita no fato de que a satisfação de um direito implica necessariamente a escolha pela falta de uma outra satisfação, dado que todas as necessidades não podem ser satisfeitas simultaneamente (CALIENDO, 2009, p. 188).

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da Constituição, de modo que a referida lei ou ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. E, nesse ponto, cumpre aferir o grau de normatividade do comando implementado pelo Poder Judiciário. Desse modo, ressalta a melhor doutrina:

No caso da justiça constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violadora do texto constitucional. O Tribunal Constitucional, nessas hipóteses, não atua simplesmente como legislador negativo, que nesses termos seria um legislador fraco, porque provisório e concorrente (não exclusivo), mas sua decisão tem hierarquia constitucional, da mesma estatura que a norma constitucional que prevalece sobre a norma impugnada. (TAVARES, 2012, p. 45).

Nessa hipótese, o Poder Judiciário atua com legitimidade, com competência constitucional própria, sem adentrar na competência originária do Poder Legislativo. Efetiva a jurisdição constitucional através de esforço hermenêutico em adequar o enunciado normativo impugnado ao comando constitucional regente da matéria, restando sua atuação legitimada pelo texto constitucional traçado pelo constituinte e expresso na Constituição da República de 1988.

#### 4. Conclusão

A elaboração das políticas públicas pressupõe uma atuação subvencionadora positiva estatal objetivando a concretização de um mínimo existencial a ser assegurado ao cidadão. A efetivação dessas políticas públicas envolve uma colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sendo uma das atribuições principais do primeiro ente estatal a aprovação da peça orçamentária, na qual constarão os recursos necessários para viabilizar a execução do planejamento dos serviços sociais aos quais o segundo ente estatal procedeu.

A escolha das prioridades a serem implementadas em sede de políticas públicas deve ser fruto de uma seleção racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. A implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados, sendo fruto de um processo político de balizamento de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação aos comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial do Estado na observância dos referidos comandos e ora por ineficácia das estruturas e instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas.

A atuação estatal ineficiente leva ao ativismo judicial, fazendo com que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia através da construção de uma lei para cada caso concreto, passando a atuar em seara que, *a priori*, deveria ser exclusiva do Poder Legislativo, através da edição de normas de cunho geral.

Para que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, torna-se necessário o estabelecimento de balizas de acordo com o grau de implementação das políticas públicas adotadas pelo Estado. Essa atuação é tanto mais legítima quanto menor for o grau de implementação das políticas públicas realizadas pelo Estado. Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e para a atuação judicial, na tentativa de correção desta omissão estatal.

A intromissão do judiciário em certas hipóteses, atuando como legislador positivo, pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado-Administração a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Não se afigura legítima, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da constituição, de modo que a referida lei ou o ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. Trata-se de hipótese em que a atuação do Poder Judiciário está prevista no texto constitucional, ficando caracterizada a sua legitimidade, pois sua atuação foi antevista pelo constituinte e inserida no texto constitucional, com vistas a resguardar os interesses da coletividade.

## 5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de maio de 1996. *DJ*, 20 set. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>>. Acesso em: 7 ago. 2013.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, DF, n. 21, jun. 2000. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORO, Sérgio Fernandes. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. *Seqüência*: revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, Santa Catarina, n. 41, v. 21, p. 83-112, dez. 2000.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial*: el Debate Hart y Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Artigo recebido em: 18/06/2013.

Artigo aprovado em: 26/09/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140029

**INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
ccrodrigues@mpmg.mp.br

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
falopes@mpmg.mp.br

O tema do controle jurisdicional das políticas públicas é alvo de inúmeros debates na doutrina e jurisprudência pátrias. Isso ocorre principalmente porque o Poder Judiciário tem sido cada vez mais acionado, diante de reiteradas omissões do poder público na efetivação desses programas estatais, com o escopo de impor aos entes públicos uma atuação positiva objetivando dar concretude aos direitos fundamentais mínimos garantidos na *Lex Mater*.

A matéria tem como um dos pontos nodais a separação dos Poderes, sendo constantemente sustentado pelo poder público demandado que o Poder Judiciário não detém legitimidade para interferir na efetivação das políticas públicas, visto que esta matéria estaria inserida no mérito administrativo, cabendo ao Poder Público competente realizá-las de acordo com sua conveniência e oportunidade.

É sabido que a formulação e a consecução de políticas públicas configuram matéria, *a priori*, do Poder Executivo. Todavia, a

doutrina e a jurisprudência têm adotado entendimento no sentido de que, quando o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, de maneira a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, caberá a ingerência judicial nos atos administrativos, sem que haja violação ao princípio da separação dos Poderes.

O artigo 37 da Carta Magna, ao elencar uma série de princípios da Administração Pública, reduziu a discricionariedade administrativa, em razão da possível ingerência interpretativa e revisão judicial, que é feita sob as normas constitucionais e que, de forma alguma, buscam invadir a esfera do Poder Executivo.

Diante desse contexto, a atuação do Judiciário revela-se de suma importância, na medida em que este Poder configura a última instância protetora dos direitos existenciais mínimos e serve como meio para impelir o poder público, responsável por atuar em prol da sociedade, a legitimar o poder que lhe foi conferido pelos cidadãos.

Nesse sentido, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional. É possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando este se torna inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência deste sobre os atos discricionários do Poder Executivo.

Conveniente salientar que a definição e a implementação de políticas públicas são confiadas primordialmente aos Poderes Executivo e Legislativo, mas o Poder Judiciário não pode se desincumbir do encargo de avaliar se a omissão estatal coloca ou não em risco a integridade, a eficácia e a efetividade de direitos declarados no âmbito da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, consoante já decidiu a Suprema Corte em caso análogo (RE nº 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Isso porque a atual realidade constitucional exige que o administrador se mantenha vinculado às políticas públicas estabelecidas na Carta Magna, sem que, no entanto, a extensão de seu poder discricionário seja exageradamente ampla a ponto de inviabilizar o exercício de determinado direito pelo seu destinatário. Ou seja, o conceito de discricionariedade administrativa não pode ser associado à imiscuidade entre os Poderes, a ponto de possibilitar a completa omissão do ente estatal na implantação de determinados serviços públicos.

Entende-se doutrinariamente que a discricionariedade administrativa não possui caráter absoluto, conforme lecionado por Di Pietro:

[...] o Poder de ação administrativo, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial, a competência, a forma e a finalidade a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei [...]. (DI PIETRO, 2014, p. 205).

A discricionariedade do Poder Executivo, no tocante aos atos administrativos, encontra-se bastante mitigada ante a determinação normativa de atendimento integral dos serviços de saúde, prevista nos arts. 196 e 198 da Constituição da República, por exemplo.

Em outras palavras, o exercício do poder político-administrativo não pode ser concretizado somente mediante a implementação dos projetos pessoais de quem gere a coisa pública, mas, sim, com os olhos postos nas prioridades estabelecidas pelo legislador constituinte e, de forma bastante significativa, pelo legislador ordinário.

É evidente que a concretização desses objetivos é onerosa na medida em que será necessário ao administrador disponibilizar os recursos orçamentários correlatos.

Mas, afirmada judicialmente a inexistência de margem discricionária para o administrador omitir-se no cumprimento de norma que lhe

impõe a tutela efetiva de determinado direito, não pode o Poder Executivo criar obstáculo que frustre o sentido da norma.

A esse respeito, cabe ressaltar que grande parte das demandas que são levadas à judicialização buscam a garantia de direitos que integram o mínimo existencial, tal como a dignidade da pessoa humana e, na elaboração do orçamento de cada ente político, esse “mínimo” deve ser respeitado.

Os direitos fundamentais, previstos no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, possuem eficácia imediata e, quando inovados, não podem ser descumpridos sob o pretexto de escassez de recursos, a menos que o gestor público demonstre a real impossibilidade de cumprimento da obrigação.

A supremacia plena do Poder Executivo como único executor das políticas públicas não pode ser aceita como uma fórmula pronta e acabada, sob pena de não ser possível ao Poder Judiciário arbitrar, na sua plenitude, os conflitos que se estabelecem entre o cidadão e o Estado quanto ao núcleo essencial de direitos fundamentais.

Em casos concretos, a exemplo da infância e juventude e da já citada área da saúde, demandas que frequentemente são trazidas ao inistério Público ocasionadas pela letargia administrativa, é razoável dizer que, na maioria das vezes, as irregularidades noticiadas no âmbito do município ou do estado, ambos réus, são derivadas da ausência de planejamento administrativo rigoroso e continuada negligência ou omissão ao longo do tempo.

Então, na medida em que o município ou estado são omissos em adotar medidas para cumprir os encargos político-jurídicos sob sua responsabilidade, é aceitável admitir que essa postura pode ser corrigida por via judicial, sem que, com isso, possa se falar em ofensa a qualquer dos princípios constitucionais e administrativos, notadamente no que se refere a separação dos Poderes e reserva do possível.

Nesse sentido, é o entendimento da egrégia corte do estado de Minas Gerais, senão vejamos:

**REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS - SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE - OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES - INOCORRÊNCIA.**

- O Poder Público não pode se eximir da sua obrigação de assistência aos necessitados pelo simples fundamento de que determinados fármacos requeridos não são padronizados pelo SUS, vez que tais normas administrativas que delimitam a prestação à espécies de medicamentos restringem o atendimento, violando os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e mental, e à dignidade da pessoa humana.

- Comprovada a imprescindibilidade de utilização de medicamentos por pessoa necessitada, estes devem ser fornecidos de forma irrestrita, sendo que a negativa do ente público implica ofensa a uma garantia constitucional.

- Não se aplica a Cláusula da Reserva do Possível quando não comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente público, afigurando-se, lado outro, razoável a pretensão de fornecimento de medicamento a pessoa carente, estando, assim, em harmonia com o devido processo legal substancial.

- Não ofende a independência dos Poderes a decisão judicial que, com base na Constituição, determina o fornecimento de medicamentos, vez que a Carta Política, ao estabelecer um sistema de pesos e contrapesos para possibilitar o controle recíproco como forma de conter abusos, instituiu o direito de ação do cidadão para tornar efetiva essa garantia. (MINAS GERAIS, 2014a).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CADEIA PÚBLICA DE IBIÁ. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE FUNCIONAMENTO E DAS INSTALAÇÕES. SUPERLOTAÇÃO. MEDIDA LIMINAR QUE ORDENA A TRANSFERÊNCIA DOS DETENTOS PARA OUTRA INSTITUIÇÃO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. MULTA E PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM. REDUÇÃO DO VALOR. DILAÇÃO DO PRAZO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

- Demonstrada a patente precariedade do estabelecimento prisional de Ibiá, advinda da inadequação das instalações e da superlotação, justifica-se a manutenção da decisão liminar que determinou a transferência dos presos para outra instituição carcerária.

- Embora não se desconheça que o Estado de Minas Gerais, na tentativa de minimizar o problema carcerário, vem criando novas vagas e melhores condições de permanência nos estabelecimentos prisionais, no caso específico da Cadeia Pública de Ibiá não se verificou nenhuma mudança substancial na precária situação existente, pelo que não se mostra possível a observância da “cláusula da reserva do possível” a justificar a omissão na tomada de providências para a solução dos problemas verificados.

- Não deve prevalecer, em análises como a presente, o invocado princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário não pode quedar-se inerte ante a omissão do Estado em promover as referidas políticas administrativas, tendo em vista a prerrogativa relacionada ao controle da legalidade dos atos da administração.

- Comprovadas a ausência de condições mínimas que assegurem a integridade física e moral dos detentos, bem como o risco à segurança da comunidade, faz-se mister a manutenção da liminar deferida na instância de origem, que determinou a interferência dos presos.

- A imposição de obrigação de fazer, ainda que proferida a ordem contra a Fazenda Pública, pode vir acompanhada de medida de coerção de caráter patrimonial, com a finalidade de compelir ao cumprimento da medida.

- Reduz-se a multa aplicada, para que a penalidade seja adequada aos padrões de razoabilidade e receba limitação inicial, com o escopo de evitar-se a apenação desmensurada do ente público.

- O prazo para o cumprimento da medida de transferência dos presos deve ser razoável e suficiente para a realização das diligências administrativas pelo Estado de Minas Gerais, razão pela qual, no caso, deve ser ampliado.

- Recurso parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2014b).

CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E ENSINO FUNDAMENTAL - TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO - CRIANÇA E ADOLESCENTE - ABSOLUTA PRIORIDADE - POLÍTICAS PÚBLICAS DE ORDEM EDUCACIONAL - OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL EM CUMPRIR PRESTAÇÃO POSITIVA IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO - CONTROLE JUDICIAL - ADMISSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - INOCORRÊNCIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INADIMPLEMENTO - MULTA DIÁRIA - EXIGÊNCIA - INÍCIO DO PRAZO - INTIMAÇÃO PESSOAL DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Incumbe ao Poder Público Municipal assegurar educação ao menor em idade escolar, com absoluta prioridade, propiciando meios que materializem o direito constitucionalmente assegurado, fornecendo passagem e/ou assumindo para si a efetivação do transporte gratuito, de maneira permanente e contínua, como forma de garantir aos alunos que residem a mais de 1 Km do educandário o acesso à educação infantil e ao ensino fundamental. Não há ingerência indevida nas atribuições do Poder Executivo, mas apenas exercício do controle conferido ao Poder Judiciário quando impõe o cumprimento de obrigação de fazer em processo que objetiva a tutela de direitos assegurados à criança e ao adolescente, que, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, merecem tratamento prioritário por parte dos administradores públicos. É vedado ao Poder Público, como forma de se eximir em executar política específica visando assegurar o direito à educação, alegar falta de disponibilidade financeira, invocando, para tanto, a lei de responsabilidade fiscal e o princípio da reserva do possível, mormente quando já passados mais de vinte e cinco anos de vigência da Constituição da República e vinte e três anos da Lei nº 8.069/90. É cabível a aplicação de multa contra a Administração Municipal em caso de descumprimento de obrigação de fazer. O prazo de 90 (noventa) dias para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária, incide do trânsito em julgado da sentença favorável ao autor da ação civil pública, e somente depois da intimação pessoal do Chefe do Poder Executivo, providência determinada pela Instância Revisora, uma vez que é o responsável pela implementação do encargo. (MINAS GERAIS, 2014c).

CONSTITUCIONAL - SAÚDE -MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS -COMPROVAÇÃO QUANTO À INEFICIÊNCIA DOS MEDICAMENTOS CONSTANTES NA LISTA DE EXCEPCIONAIS - RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE - DEFERIMENTO DO PEDIDO. Em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não se há de aplicar a denominada “Teoria da Reserva do Possível”. Diante da comprovação de que os medicamentos excepcionais fornecidos pelo SUS são ineficazes ao tratamento da doença da qual é a autora acometida, defere-se o pedido de fornecimento de medicamento não constante no Programa de Assistência Farmacêutica. (MINAS GERAIS, 2011).

Os juristas mineiros seguem exatamente o entendimento da magistratura superior. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da inércia governamental e da omissão constitucional indevida, assim já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente

mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014a).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014b).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente men-

surável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014c).

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO. MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (BRASIL, 2004).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A controvérsia objeto destes autos - possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede

pública - foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2013).

Se é certo que não cabe ao Poder Judiciário, originária e ordinariamente, definir quando e qual política pública deverá ser implementada pelos Poderes Executivo e Legislativo, também é certo que a mora em cumprir os preceitos legais acima mencionados causa dano à sociedade, sendo possível estabelecer provimento de caráter mandamental para a tutela do direito coletivo violado.

Destaca-se, ainda, a existência de decisões monocráticas exaradas pela Corte Suprema em casos concretos, versando sobre direitos de crianças e adolescentes, que adotam teses nesse sentido: AI n. 646.079/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 28/11/08; AI n. 725.891/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10/10/08; ARE n. 655.452/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/11/12.

Em relação à atuação do Ministério Público em situações similares, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

O Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual indisponível de menor carente. Precedentes da Seção: EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11.09.06 e EREsp 734.493/RS, DJU de 16.10.06.' (BRASIL, 2008a).

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública visando à proteção de direitos individuais indisponíveis do menor. (BRASIL, 2009).

I - A Primeira Seção desta Corte tem entendimento, já reiterado, no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para

promover, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), mediante ação civil pública, a tutela dos direitos indisponíveis nele previstos, mesmo que se apresentem como interesse individual. Precedentes: EREsp 466861/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. 1ª Seção. Julgado em 28.03.2007, DJ 07.05.2007; EREsp 684.162/RS, Rel. Ministra Denise Arruda. 1ª Seção. Julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; EREsp 684.594/RS, Rel. Ministra Denise Arruda. 1ª Seção. Julgado em 12.09.2007, DJ 15.10.2007. (BRASIL, 2008b).

Outrossim, não obstante o fato de não se incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, visto que, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, impende assinalar que, em consonância com a jurisprudência apresentada, notadamente a da Suprema Corte, tem-se que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar a implementação de políticas públicas assecuratórias de direitos constitucionais reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação de Poderes.

Conclui-se, portanto, que o administrador público não tem discricionariedade para decidir sobre a oportunidade e a conveniência da implementação das políticas estatais discriminadas na ordem social constitucional, pois tal atribuição restou deliberada pelo constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

A nova realidade social tem confiado ao Poder Judiciário uma importante missão na busca pela implementação de efetividade das normas constitucionais, evitando-se, com isso, que a *Lex Fundamentalis* seja considerada apenas um elemento simbólico.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 4 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 793074/RS, da 2ª Turma, Rel.: Min. Castro Meira. *DJ*, Brasília, p. 1, 16 jun. 2008a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 984.078/SC, da 2ª Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin. *DJe*, Brasília, 9 mar. 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 488.427/SP. Rel. Min. Francisco Falcão. *DJe*, Brasília, 29 set. 2008b. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 820910 AgR/CE, da Segunda Turma, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 de agosto de 2014 *DJe*, 4 set. 2014a. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 801676 AgR/PE, da Primeira Turma, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, 19 de agosto de 2014. *DJe*, 3 set. 2014b. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 7688256 AgR/BA, da Segunda Turma, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 12 ago. 2014. *Dje*, 21 ago. 2014c. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796, do Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello. *Informativo STF*, Brasília, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 642536 AgR, da 1ª Turma, Rel.: Min. Luiz Fux. *DJe*, Brasília, 26 fev. 2013. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5896>>. Acesso em: 9 set. 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap. Cível n. 1.0433.11.033427-6/001, da 3ª Câmara Cível, Rel.: Des. Albergaria Costa, Belo Horizonte, 31 de julho 2014. *DJe*, 11 ago. 2014a. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0295.13.001992-6/001, da 6ª Câmara Cível, Rel.: Des. Corrêa Junior, Belo Horizonte, 15 de julho de 2014. *DJe*, 25 jul. 2014b. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap. Cível n. 1.0024.12.112485-3/002, da 6ª Câmara Cível, Rel.: Des. Edilson Fernandes, Belo Horizonte, 22 de julho de 2014. *DJe*, 5 ago. 2014c. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap. Cível n. 1.0702.09.567774-7/002, da 5ª Câmara Cível, Rel.: Des. Manuel Saramago, Belo Horizonte, 30 de junho de 2011. *DJe*, 25 jul. 2011. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140030



# 7

- Normas de Publicação  
para autores
- Writers' Guidelines

Português  
English



# NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

---

A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado e comentários a jurisprudências. A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público.

Os artigos enviados à *Revista De Jure* devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões, nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa do Corpo Editorial, formado pelos conselheiros e por revisores *ad hoc*. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão dupla cega de pares, ou *double blind peer review*, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pareceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

À revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

### **Normas de publicação**

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure).

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois pareceristas, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es)

quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão dupla cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

6. Os artigos encaminhados para a *Revista De Jure* deverão ter um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 30 (trinta) páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 15 (quinze) páginas.

7. Os autores deverão incluir minicurrículo, contendo afiliação e titulação acadêmica, com no máximo 200 (duzentas) palavras. O minicurrículo deverá, obrigatoriamente, conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

### **Normas de padronização dos artigos e comentários à jurisprudência**

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o *Arial*, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (*abstract e key words*). O resumo apresenta a ideia geral do tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários à jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo *Bureau* Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI - Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafados em itálico.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 *dots per inchs* [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvi-

mento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <[http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em itálico), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <[http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs\\_revistas/eccos/eccos\\_v6n2/eccosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em itálico), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

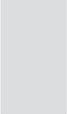
HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em itálico (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <[www.bn.br](http://www.bn.br)>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.



XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.



## **Materials published in every issue:**

### **Essays**

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the *Journal De Jure* should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays in the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

### **Academic Articles**

*De Jure* publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

### **Academic Articles: Double Peer Blind Review**

The academic articles submitted to *De Jure* must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility

and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

### **Comments on Jurisprudence**

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

### **Submission**

Authors who wish to submit articles or essays must access the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between

paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words); key words (maximum of five) and title in english.

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 *dots per inch*s [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font *Times New Roman* 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

**a) Book reference:** The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989.

**b) Book (section or chapter):** The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section of chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

**c) Book (electronic media):** The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1<sup>st</sup> ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <[http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**d) Journal (one article):** The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

**e) Journal (electronic media):** The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <[http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs\\_journals/cje\\_v6n2/ec-cosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/ec-cosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**f) Academic work:** The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.



# NUMERAÇÃO DOI REFERENTE AOS TEXTOS PUBLICADOS NA REVISTA DE JURE N. 23 V.13

| Nº SEQ.                    | TÍTULO  | AUTORIA   |
|----------------------------|---|---|
| 10.5935/1809-8487.20140017 | Escepticismo epistemológico y neutralidad en la ciencia del derecho: algunas críticas a la teoría crítica del derecho                       | José Luis Monti   |
| 10.5935/1809-8487.20140018 | Epistemological scepticism and neutrality in the science of law: some critiques of the critical theory of law                               | José Luis Monti   |
| 10.5935/1809-8487.20140019 | A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança, do Direito Penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin            | Flávia Siqueira Costa Pereira, Adilson de Oliveira Nascimento |
| 10.5935/1809-8487.20140020 | A legalidade do sistema de cotas das universidades brasileiras  | Adriano Pereira Silva   |
| 10.5935/1809-8487.20140021 | Por uma imputabilidade penal individualizada  | Cristina Campos de Faria                                      |
| 10.5935/1809-8487.20140022 | Da constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal: comentários à jurisprudência  | Maércio Herculano Dias  |
| 10.5935/1809-8487.20140023 | Compras coletivas e lesividades na relação de consumo   | Antonio Baptista Gonçalves                                    |
| 10.5935/1809-8487.20140024 | Flexibilização da coisa julgada e segurança jurídica  | Wilson Medeiros Pereira                                       |
| 10.5935/1809-8487.20140025 | Ação popular: instrumento de controle dos atos administrativos  | Bruno César Ribeiro de Paiva                                  |
| 10.5935/1809-8487.20140026 | A legalidade dos reajustes das mensalidades de planos de saúde em virtude do envelhecimento dos beneficiários nos chamados "planos antigos" | Haroldo Azevedo Carvalho, Denise Nogueira Magri               |
| 10.5935/1809-8487.20140027 | A (im) possibilidade de controle jurisdicional nas políticas públicas pertinentes ao direito fundamental à educação                         | Lucas Rogerio Sella Fatała                                    |
| 10.5935/1809-8487.20140028 | Judicialização da saúde pública   | Carla Carvalho Costa e Silva                                  |
| 10.5935/1809-8487.20140029 | A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: análise de sua legitimidade   | Bráulio Lisboa Lopes  |
| 10.5935/1809-8487.20140030 | Ingerência do Poder Judiciário na administração pública   | Carolina Costa Val Rodrigues, Fernanda Almeida Lopes          |



# NUMERAÇÃO DOI REFERENTE AOS TEXTOS PUBLICADOS NA REVISTA DE JURE N. 22 V.13

| Nº SEQ.                    | TÍTULO   | AUTORIA   |
|----------------------------|--|---|
| 10.5935/1809-8487.20140001 | Prefácio   | Luciano Luz Badini Martins                              |
| 10.5935/1809-8487.20140002 | Apresentação   | Carlos André Mariani Bittencourt                        |
| 10.5935/1809-8487.20140003 | Una primera mirada al seguro ambiental, tributario a un desarrollo sostenible como parte de la política empresarial cubana   | Alcides Francisco Antunes Sánchez, Joao Domingos Víctor |
| 10.5935/1809-8487.20140004 | Improbidade administrativa: dever de eficiência e escusa de incompetência  | Emerson Garcia  |
| 10.5935/1809-8487.20140005 | Gênero na mídia: análise das representações femininas midiáticas e suas inobservâncias aos direitos humanos das mulheres   | Amanda Muniz Oliveira                                   |
| 10.5935/1809-8487.20140006 | A redução da maioridade penal extraída do ordenamento legal brasileiro   | Marcelo Fernandes dos Santos                            |
| 10.5935/1809-8487.20140007 | Delitos informáticos? Comentários ao Conflito de Competência nº 67.343-GO, do Superior Tribunal de Justiça   | Alex Fernandes Santiago                                 |
| 10.5935/1809-8487.20140008 | O agravo de instrumento criminal na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no projeto do Novo Código de Processo Penal em uma abordagem dos trunfos de Ronald Dworkin no federalismo brasileiro | Carlos Henrique Generoso Costa                          |
| 10.5935/1809-8487.20140009 | A constitucionalização do direito e suas implicações no reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar no Brasil   | Marcelo C. de Moraes Cardoso e Bastos                   |
| 10.5935/1809-8487.20140010 | Artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973: interpretação conforme a Constituição Federal e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto  | Charley Teixeira Chaves                                 |
| 10.5935/1809-8487.20140011 | Direitos Fundamentais e processo coletivo: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de efetivação de políticas públicas  | Paulo Eduardo Lépore                                    |
| 10.5935/1809-8487.20140012 | Habeas Corpus coletivo   | Lílian Nássara Miranda Chequer                          |

|                            |  |  |
|----------------------------|--|--|
| 10.5935/1809-8487.20140013 | Federalismo de cooperação como cláusula pétrea: a relação entre a fragmentação do poder constituinte e o princípio democrático   | Mariano Henrique Maurício de Campos, Isaac Antônio de Oliveira |
| 10.5935/1809-8487.20140014 | O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação  | Bruno César Ribeiro de Paiva                                   |
| 10.5935/1809-8487.20140015 | Os cargos públicos em comissão, a idoneidade moral e o controle pelo Poder Judiciário  | Paula de Resende Assis   |
| 10.5935/1809-8487.20140016 | Controle externo pelos Tribunais de Contas: o equivocado uso da prescrição e da decadência com base nos princípios da segurança jurídica e da razoável duração do processo | Maria Cecília Borges   |



