

# CADERNOS JURÍDICOS

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA  
Ano 10 - número 32 - maio-agosto/2009



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2009



ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor  
DESEMBARGADOR ANTONIO RULLI JUNIOR

Vice-Diretor  
DESEMBARGADOR PEDRO LUIZ RICARDO GAGLIARDI

Coordenação  
RODRIGO MARZOLA COLOMBINI

Comissão Coordenadora  
ALEXANDRE BATISTA ALVES  
ANTONIO CARLOS SANTORO FILHO  
CARLOS VIEIRA VON ADAMEK  
LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ  
MARCELO ALEXANDRE BARBOSA  
MARCELO SERGIO  
RUI PORTO DIAS

# CADERNOS JURÍDICOS

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 10, nº 32, p. 1-152, maio-agosto/2009

## COMO PARTICIPAR

Magistrados de todo o país que queiram enviar trabalho ou decisão para publicação nestes "Cadernos", acerca de temas atuais de interesse para toda a comunidade jurídica, julgados recentes de todas as instâncias, comentários e estudos sobre novas tendências jurisprudenciais e alterações legislativas diretamente ligadas à atividade jurisprudencial, devem fazê-lo por *e-mail*, malote ou correio, juntando, ao material impresso, gravação em disquete, na versão do aplicativo Word (ambiente Windows).

Os endereços são os seguintes:

Escola Paulista da Magistratura - Rua da Consolação, 1483 – 1º, 2º e 3º andares, CEP 01301-100, São Paulo - SP, a/c Marcelo Barbosa – E-mail: imprensaepm@tj.sp.gov.br

Os trabalhos e decisões passarão pela avaliação da Comissão Organizadora, que poderá ou não recomendar sua publicação, tendo em vista os objetivos dos "Cadernos", implicando essa publicação a remessa em cessão à EPM dos direitos autorais correspondentes.

---

CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura  
V. 1, nº 1 (2000) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura

Quadrimestral

2000, V. 1 (1 - 2)

2001, V. 2 (3 - 4 - 5 - 6)

2002, V. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)

2003, V. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)

2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)

2005, v. 6 (25)

2006, v. 7 (26 - 27 - 28)

2007, v. 8 (29 - 30)

2008, v. 9 (31)

2009, v. 10 (32)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449

Foi feito o depósito legal na Biblioteca Nacional (Lei nº 1.825, de 20/12/1907)

---



Escola Paulista da Magistratura  
Rua da Consolação, 1483 – 1º, 2º e 3º andares  
01301-100 - São Paulo - SP  
Tels. (0xx11) 3256-6781/3257-8954  
[www.epm.sp.gov.br](http://www.epm.sp.gov.br)  
[imprensaepm@tj.sp.gov.br](mailto:imprensaepm@tj.sp.gov.br)

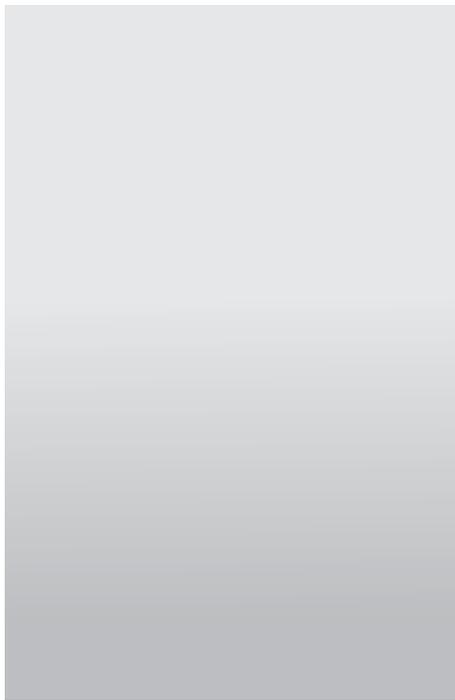
## I – Decisões, Sentenças e Acórdãos

1. **Sentença. Indenização. Estatuto do Torcedor e Código de Defesa do Consumidor. Morte de torcedor do time local na área externa ao estádio, destinada à venda de ingressos para torcedores da equipe visitante. Vítima, embriagada e munida de barra de ferro, que já se envolvera em outras brigas. Ausência de segurança, pública ou privada, no local de acesso à torcida visitante. Responsabilidade da fornecedora, que não impediu que pessoa sem o perfeito discernimento fosse ao encontro de vários integrantes de uma torcida adversária provocar brigas. Indenização devida, mitigada pela conduta da vítima. .... 9**  
*José Walter Chacon Cardoso*
2. **Sentença. Exoneração de pensão. Obrigação estabelecida em ação de responsabilidade por acidente de trânsito, que reconheceu incapacidade funcional da vítima. Réu, beneficiário da pensão, que não comparece à perícia. Art. 232 do CPC. Presunção da cessação da incapacidade funcional. Fato novo modificativo da situação que fundou o primitivo julgado. Ação procedente. .... 13**  
*Carlos Castilho Aguiar França*
3. **Sentença. Seguro de vida. Renovação sucessiva durante longos anos. Autor com idade avançada. Recusa da seguradora na renovação. Abusividade à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé objetiva e função social do contrato. Renovação determinada. Pretensão inicial procedente. .... 17**  
*Marcelo Yukio Misaka*
4. **Sentença. Penal. Embriaguez ao volante. art. 306, caput e parágrafo único da Lei 9.503/97, com redação dada pela Lei 11.705/08, combinado com o artigo 2º do Decreto 6.488/08. Teste do “bafômetro”. Ausência de exame de sangue. Tipo penal vinculado à quantidade de álcool presente no sangue. Princípio da reserva legal. Impossibilidade de o legislador conceder à Administração a absoluta liberdade para estabelecer quais as hipóteses e circunstâncias em que o tipo penal fechado poderia ser ampliado. Denúncia rejeitada. .... 27**  
*Marcos Alexandre Coelho Zilli*
5. **Alvará judicial. Interrupção da gestação. Feto anencéfalo. Inviabilidade de vida. Feto portador de anencefalia é menos vivo (ou mais morto) do que o indivíduo com morte encefálica declarada. Abortamento autorizado. .... 33**  
*Adriano Rodrigo Ponce de Oliveira*
6. **Sentença. Condomínio. Alteração de fachada. Fechamento de terraço com vidros. Modificação do edifício reconhecida. Ineficácia do fechamento para fins de segurança. Autorização de Assembléia ineficaz por falta de *quorum* estabelecido em Convenção. Desfazimento determinado. .... 51**  
*Luis Fernando Cirillo*

7. Acórdão. Declaratória. Pessoa jurídica que transfere cotas sociais. Novos sócios que realizam negócios e não quitam as obrigações. Devolução da pessoa jurídica aos antigos sócios. Negócios celebrados pelos sócios inadimplentes que devem ser cumpridos pela pessoa jurídica. Eventuais prejuízos devem ser ressarcidos na via própria. Terceiros de boa-fé não devem ser prejudicados pois se cuida de *res inter alios*. Recurso improvido. .... 57  
*Antônio Marson*
8. Acórdão. Ação de indenização por danos materiais e morais. Apresentação antecipada de cheque pós-datado. Ausência de prova de desconto efetivo no preço das mercadorias, em caso pagamento à vista. Danos materiais afastados. Existência, contudo, de danos morais indenizáveis. Caráter sancionatório e punitivo da conduta do apresentante. Irrelevância de o cheque ter sido compensado quando da apresentação, em razão de saldo suficiente na conta do cliente. Questão que somente influencia na fixação do *quantum* devido. Recurso parcialmente provido. .... 61  
*Rodrigo Marzola Colombini*

## II – Estudos

1. Do porte de arma de defesa por membros do Ministério Público e do Poder Judiciário e o Decreto nº 6.715, de 29 de dezembro de 2008. .... 67  
*José Damião Pinheiro Machado Cogan*
2. A constitucionalidade do art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal. .... 77  
*Jayme Walmer de Freitas*
3. Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal ..... 85  
*Renato Marcão*
4. Juízes de 1º grau convocados para atuar no 2º grau e o princípio do juiz natural..... 91  
*Eurípedes Gomes Faim Filho*
5. Obrigação de meio em cirurgias plásticas..... 101  
*Thiago Baldani Gomes De Filippo*
6. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos ..... 105  
*Fernando de Oliveira Domingues Ladeira*
7. Considerações sistemáticas sobre o princípio da vinculação do juiz no processo penal..... 129  
*Christopher Alexander Roisin*
8. Marco Antonio Marques da Silva: um jurista da mesma origem do povo brasileiro..... 141  
*Antonio Rulli Junior*
9. Uma interpretação de duvidosa dignidade..... 145  
*Vicente Greco Filho*



# I

## Decisões, Sentenças e Acórdãos





**Sentença. Indenização. Estatuto do Torcedor e Código de Defesa do Consumidor. Morte de torcedor do time local na área externa ao estádio, destinada à venda de ingressos para torcedores da equipe visitante. Vítima, embriagada e munida de barra de ferro, que já se envolvera em outras brigas. Ausência de segurança, pública ou privada, no local de acesso à torcida visitante. Responsabilidade da fornecedora, que não impediu que pessoa sem o perfeito discernimento fosse ao encontro de vários integrantes de uma torcida adversária provocar brigas. Indenização devida, mitigada pela conduta da vítima.**

9

8ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS  
COMARCA DE CAMPINAS - SP

Vistos etc.

Cuida-se de Ação de Indenização ajuizada por MARIA APARECIDA FERREIRA contra a ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA PONTE PRETA visando à condenação da ré ao pagamento de valor a ser arbitrado em sentença, em razão do óbito de seu filho ANDERSON FERREIRA TOMÁS, ocorrida em 17 de outubro de

2005, quando foi espancado até a morte nas imediações do Estádio Moisés Lucarelli, precisamente no portão dos fundos.

Em resumo, com base nos artigos 3º, 13 e 20 do Estatuto do Torcedor e 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sustenta que o torcedor tem direito à segurança nos locais onde são realizados eventos esportivos e que a ré, mandante da partida, na condição de fornecedora responde objetivamente pelo evento.

Citada, a ré apresentou defesa com preliminares de suspensão do processo até conclusão da ação penal relativa ao assassinato do filho da autora, de ilegitimidade passiva, pois é da Polícia Militar e da Guarda Municipal o dever de fiscalização da área em torno do estádio, e de ilegitimidade ativa, pois não há prova de que a autora tenha sido nomeada inventariante. No mérito, pede a improcedência da ação sustentando que a morte do filho da requerente ocorreu fora do estádio, que o falecido foi sozinho, embriagado e munido de uma barra de ferro ao encontro da torcida adversária, provocando assim os acontecimentos. Diz que não pode ser responsabilizada pelo ocorrido, que o torcedor em foco já havia se envolvido em outras contendas com torcidas de outros times, que não há prova de que trabalhava e auxiliava a autora e que não cabe na espécie a responsabilidade objetiva do clube. Termina discorrendo sobre o comportamento das torcidas organizadas (folhas 18 e 80/87, com documentos).

Réplica a folhas 397/402.

As partes pedem oportunidade para produção de provas (folhas 415 e 418/419).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Lanço sentença na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, pois presentes nos autos todos os elementos de prova necessários ao exame do mérito. Observo que não há controvérsia quanto ao local e quanto à forma como se deu o óbito de ANDERSON FERREIRA TOMÁS, apenas sobre a eventual provocação por este realizada contra os torcedores adversários e quanto à responsabilidade ou não da ré. Dispensável, portanto, a prova oral.

Afasto todas as questões preliminares.

Como bem observa o D. Patrono da autora, é absolutamente irrelevante para o deslinde desta o resultado da ação penal. Absolvidos ou condenados os agressores, continuará inquestionável a responsabilidade civil da ré, que, na condição de organizadora e mandante da partida, responde objetivamente pela falta de segurança. Não há motivo, portanto, para que se suspenda o feito até o término do processo criminal.

No mesmo sentido repilo a tese de que a segurança na área externa do estádio toca à Polícia Militar e à Guarda Municipal e de que, só por isto, estaria afastada a responsabilidade civil da demandada. Correto seria que a guarnição de segurança pública servisse à comunidade como um todo e não tivesse de empenhar tantos quadros e recursos para garantir jogos de futebol como se estes custos não coubessem às agremiações e federações. Mas deixando de lado esta posição, o fato é que à requerida cabia requisitar da Polícia Militar o apoio necessário para viabilizar o evento, reforçando a cautela não só no momento da partida, mas também nos locais de distribuição de ingressos, na chegada e na saída dos torce-

dores. É exatamente o que não ocorreu, pois a própria demandada admite que na bilheteria destinada aos visitantes não havia nenhuma segurança.

Além disto, a ré se equipara à fornecedora para os fins do artigo 3º da Lei 10.671/03 (Estatuto do Torcedor) e responde objetivamente pela falta ou pela falha na segurança proporcionada aos torcedores.

De outro lado, ao questionar a legitimidade ativa da autora a ré se olvidou que a demanda tem por base a dor de uma mãe pela morte de um filho. Isto em nada se relaciona com a condição de inventariante. Além disto, a certidão de óbito de folhas 12 deixa claro que o extinto não deixou bens e tampouco filhos. Não haveria, portanto, inventário.

Superadas as preliminares, no mérito a ação é de todo procedente.

Como se vê na defesa, a ré se diz isenta de culpa e de responsabilidade porque segundo foi apurado na ação penal tudo ocorreu porque ANDERSON FERREIRA TOMÁS, conhecido torcedor que já havia se envolvido em outras brigas anteriores, foi sozinho, embriagado e armado de uma barra de ferro provocar e agredir os torcedores do São Paulo Futebol Clube. Isto, ao contrário do que entende a ré, reforça a sua responsabilidade civil.

É incontroverso que no local onde se deu o crime, ou seja, na bilheteria destinada à torcida adversária, havia a distribuição de ingressos. As partes admitem também que nenhuma equipe de segurança, pública ou privada, estava a postos para restringir o acesso de pessoas e para assegurar a integridade dos que para lá se dirigiram buscando seus ingressos. Aqui reside a responsabilidade da fornecedora.

Deve se destacar também que a eventual provocação ou agressão praticadas pelo falecido contra os que o mataram, ou ainda a sua participação em outras brigas, em nada afasta a responsabilidade da ré e só pode ser avaliada para efeito da fixação da verba indenizatória. Muito ao contrário, a organizadora do evento deveria ter o cuidado de proporcionar segurança a todos os torcedores, seus e do clube adversário. E esta segurança não pode estar limitada à ação de terceiros, mas também à proteção do torcedor contra sua própria conduta, que no caso foi causa de sua morte. Em resumo, não é admissível que o descaso chegue a ponto de permitir que um bêbado, e assim sem o perfeito discernimento, vá ao encontro de vários integrantes de uma torcida adversária provocar brigas.

Acrescento, finalmente, que a atuação das chamadas torcidas organizadas, como bem ressaltou a D. Defesa, só deveria impor mais ordem, mais organização e mais rigor nas normas e nas condutas de segurança, pois são reiteradas as agressões e as mortes ocorridas em vários estádios brasileiros, afetando a todas as torcidas.

Passo ao momento mais difícil e ingrato, que é a valoração da vida humana. Pior ainda se a quantia se destina a reparar os pais pela morte dos filhos.

A requerente perdeu o filho abruptamente, por falta de segurança em evento organizado pela ré e também porque o próprio falecido foi buscar o conflito com torcedores adversários. Isto atenua, mas não afasta, a culpa da demandada. Assim, se os fatos justificam a condenação, não amparam a elevação indevida da verba, sob pena de se transformar a ação em fonte de enriquecimento sem causa.

De outro lado, a ré é uma das mais tradicionais agremiações de futebol do Brasil, até recentemente integrante da primeira divisão do Campeonato Brasileiro e finalista do Campeonato Paulista, no maior e mais moderno Estado da Federação. Tem poderio econômico, conhecimento e capacidade suficientes

para que não seja tolerada tamanha falha. Deve ser penalizada de modo a que a conta não lhe seja insignificante.

Isto sopesado, considerando a previsibilidade do evento e também o grau de culpa da vítima, a quantia de cem salários-mínimos, no valor vigente ao tempo do fato, bem atenua o sofrimento da autora e pune a omissão da ré.

Assim, adotado o salário mínimo de R\$ 300,00, é devida a quantia de R\$ 30.000,00, com correção monetária e juros desde a data da morte (17.10.2005).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a Ação de Indenização ajuizada por MARIA APARECIDA FERREIRA contra a ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA PONTE PRETA para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária e juros de 1% ao mês a contar de 17.10.2005.

Condeno também a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação quando do efetivo desembolso.

Imediatamente após o trânsito em julgado, neste ou em grau de recurso, passará a fluir o prazo de quinze dias para pagamento voluntário, sob pena de acréscimo de multa de 10% sobre o total devido (artigo 475-J, *caput*, do CPC).

Oportunamente, aguarde-se o prazo de seis meses para requerimentos. Decorrido sem provocação, arquivem-se os autos.

**P. R. I. C.**

Campinas, 24 de março de 2009.

12

**José Walter Chacon Cardoso**  
Juiz de Direito

**Sentença. Exoneração de pensão. Obrigação estabelecida em ação de responsabilidade por acidente de trânsito, que reconheceu incapacidade funcional da vítima. Réu, beneficiário da pensão, que não comparece à perícia. Art. 232 do CPC. Presunção da cessação da incapacidade funcional. Fato novo modificativo da situação que fundou o primitivo julgado. Ação procedente.**

3ª VARA CÍVEL DE SÃO CARLOS  
COMARCA DE SÃO CARLOS - SP

**PAULINO CALDEIRA** e **CRISTIANO APARECIDO CALDEIRA** ajuizaram ação contra **JOSÉ LUIZ CHAGAS FURQUIM**, pedindo a revisão ou exoneração da obrigação de pagar-lhe mensalmente pensão de metade do salário mínimo, porquanto vem ele exercendo normalmente sua atividade profissional, excluindo-se então a hipótese de incapacidade parcial e permanente, além do que já não é possível as eles, autores, fazerem o pagamento naquele montante, haja vista suas condições pessoais.

Indeferiu-se o adiantamento da tutela.

Citado, o réu contestou o pedido, afirmando que a situação pessoal do autor não afeta a obrigação indenizatória e que subsiste a incapacidade funcional que a determinou.

A tentativa de conciliação foi infrutífera.

O processo foi saneado.

Determinou-se a realização de exame médico-pericial, prova frustrada em razão da ausência do réu.

Realizou-se a audiência instrutória e colheu-se a manifestação final das partes, por memoriais.

Requisitou-se informação da perita que funcionou na demanda anterior, entre as partes, as quais foram científicas a respeito.

### **É o relatório.**

#### **Fundamento e decido.**

Os autores foram condenados ao pagamento de uma indenização mensal de metade do salário-mínimo, para o réu, em razão da incapacidade funcional sofrida por este, em acidente de trânsito do qual aqueles foram responsabilizados. A r. sentença reproduzida a fls. 10/13 esclarece a respeito.

Concluiu-se, naquela oportunidade, que havia um quadro de incapacidade funcional parcial e permanente, em razão de seqüela no membro inferior direito, com fratura do terço médio do fêmur. Constatou-se, na oportunidade do exame médico-pericial, *dor e diminuição da força muscular, acarretando incapacidade funcional levelmoderada ao segmento em questão, que impossibilita o requerente do exercício de atividades físicas/laborativas excessivamente pesadas, porém não para outras* (textual, fls. 44).

Mostraram-se plausíveis as alegações dos autores, sobre cessação do quadro incapacitante, razão pela qual este juízo determinou a realização de exame pericial avaliatório (v. fls. 49), ao qual o réu deixou de comparecer, proporcionando reflexão a respeito da norma constante do artigo 232 do Código Civil: *A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.*

A atitude do réu, de subtrair-se ao exame, gera prova indireta contra si.

Qualquer presunção que se pretenda extrair da ausência ao exame pericial (artigo 232 do Código Civil) deve ser examinada em função do conjunto probatório, podendo ser infirmada por outros elementos de prova (*Código Civil Comentado*, Coordenador Min. Cezar Peluso, Editora Manole, 2ª ed., pág. 176).

É oportuna a observação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: "A regra 'sub examine', todavia, não é como a que comanda a revelia: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor" (CPC, artigo 319). A lei processual não exige, nesse passo, prova de fato algum pertinente ao litígio para dele extrair a veracidade imposta por ficção legal. Não é o que se dá com o artigo 232 do Código Civil, porque aqui o preceito não impõe, necessariamente, o suprimento da prova pericial médica, pela imediata acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória frustrada pela resistência de um dos litigantes. A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimento: "a recusa à perícia médica... poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame", diz o artigo 232. Não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei". (*Comentários ao Novo Código Civil - Volume III - Tomo II. 3ª ed. Biblioteca Forense Digital 2.0. 2005. Pág. 307*) (Conforme JURID Publicações Eletrônicas).

A ilustre médica, perita que funcionou no processo anterior, foi chamada a prestar informação e esclareceu que não havia histórico de realização de atividades excessivamente pesadas por parte da vítima do acidente e que o *ganho*

de massa muscular mediante processo de reabilitação (fisioterápico) adequado poderia auxiliá-lo na recuperação da higidez física relativa ao membro inferior direito, com possível retorno funcional do segmento acometido (v. fls. 95). É fácil assimilar tal informação, pois cuidando-se de paciente com impotência funcional leve/moderada, em razão de dor e diminuição da força muscular à direita, desde que superado o quadro doloroso e recuperada a força muscular, haveria reposição da plena aptidão física. Lembre-se, com o laudo anterior, que não havia qualquer anormalidade na marcha e nos movimentos relativos ao quadril, joelho e tornozelo (fls. 43). É provável que, mediante exercícios de reabilitação, tenha logrado recuperar a plena higidez, sendo mesmo de conhecimento comum que a fisioterapia, hoje em dia, é eficaz na recuperação de muitas pessoas portadoras de alguma incapacidade, parecendo mesmo que quadro como este, de redução da força muscular, seria solucionado com exercícios orientados.

Destarte, cotejando-se tais aspectos, a ausência do réu ao exame pericial induz mesmo ter como provado o fato que se pretendia provar mediante o exame sonogado.

Conclui-se, então, pela cessação do quadro de incapacidade funcional que determinou, outrora, a fixação de uma pensão mensal em favor do réu. Com a exoneração do encargo.

Seria injusto continuar a pagar-se uma pensão por incapacidade física que deixou de existir. Aparece então a revisão do julgamento, também denominada ação de modificação, como o remédio idôneo para adaptar o ressarcimento ao verdadeiro valor do prejuízo, consoante pondera Antonio Lindbergh C. Montenegro (*Ressarcimento de Danos*, Âmbito Cultural Edições Ltda., 4ª edição, página 234).

A revisão não invalida nem desrespeita a sentença anterior; apenas passa a considerar um fato modificativo da situação em que se fundou o primitivo julgado. Pois a sentença em realce traz implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que constatada a mutação do estado de fato cumpre adaptar a sentença a essa nova situação (ob. cit., pág. 235).

Carlos Roberto Gonçalves (*Responsabilidade Civil*, Editora Saraiva, 10ª edição, página 730) admite a hipótese de revisão da pensão em caso de lesão corporal que acarretou redução da capacidade de trabalho, verificando-se posteriormente que houve agravamento das lesões, provocando incapacidade total para o trabalho. Por coerência, entende-se admitir a revisão também se houver eliminação do quadro incapacitante, vale dizer, recuperação da plena higidez física.

Significativos, outrossim, os ensinamentos de Rui Stoco (*Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*, Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, página 1.299), refletindo a respeito da revisão do valor da pensão mensal, em função dos artigos 471, inciso I, e 475-Q, do Código de Processo Civil. Assevera não restar dúvida de que, em hipóteses excepcionais, pode haver uma revisão do “quantum” da reparação, na mesma proporção dos danos consolidados, caso os danos verificados no momento da sentença transitada em julgado já não mais correspondam àqueles que se estabilizaram.

Tem-se uma alteração, posterior à sentença transitada em julgado, do estado de fato de uma relação jurídica continuativa, incidindo o art. 471, I, do CPC que, nesta hipótese, concede à parte o direito de pedir a revisão do que foi estatuído na sentença, de modo a que esta se amolde à condição fática agora consolidada.

O eminente Rui Stoco lembra Sérgio Cavalieri Filho, para com ele enfatizar: *Incontestável, destarte, o direito de se postular a revisão do dano, no todo ou em parte, seja em favor do devedor, seja em prol da vítima, sempre que ocorrer fato superveniente modificativo da relação jurídica anteriormente decidida (Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 97).*

Diante do exposto, **acolho o pedido** e, a partir de agora, exonero **PAULINO CALDEIRA** e **CRISTIANO APARECIDO CALDEIRA** da obrigação de pagarem para **JOSÉ LUIZ CHAGAS FURQUIM** a pensão mensal de metade do salário-mínimo, objeto da r. sentença proferida no processo nº 1.462/97. Tal exoneração incide desde logo, à conta de adiantamento da tutela, mediante provimento do recurso de agravo retido pendente nos autos.

Responderá o réu pelas custas e despesas processuais, bem como pelos honorários advocatícios do patrono dos autores, por equidade fixados em 15% do valor da causa, corrigido monetariamente desde a data do ajuizamento da ação. A execução dessas verbas, porém, **fica suspensa**, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

P.R.I.C.

São Carlos, 29 de maio de 2009.

**Carlos Castilho Aguiar França**  
Juiz de Direito

**Sentença. Seguro de vida. Renovação sucessiva durante longos anos. Autor com idade avançada. Recusa da seguradora na renovação. Abusividade à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé objetiva e função social do contrato. Renovação determinada. Pretensão inicial procedente.**

COMARCA DE VALPARAÍSO - SP

Vistos

**JOÃO BATISTA GRILLO** ingressou com ação contra **SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS DE VIDA** aduzindo que desde 1 de dezembro de 1971 aderiu a um plano de seguro de vida em grupo (nº 1.641-00, apólice nº VG 12.713) com a requerida, por intermédio da empresa *Manufatura de Brinquedos Estrela S/A*, onde o autor trabalhava. Em dezembro de 1991 o autor aposentou, mas continuou pagando o aludido seguro de vida, sendo que há 38 anos paga, honrosa e pontualmente, o prêmio do seguro. Atualmente, com 92 anos de idade, foi notificado pela empresa *Manufatura de Brinquedos Estrela S/A* de que a requerida não mais renovaria o seu seguro de vida. Por entender que a postura da requerida viola os princípios da boa-fé objetiva, função social da empresa e equilíbrio contratual, bem como as normas do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à espécie, ante a urgência na tutela jurisdicional, já

que o autor estaria com a sua saúde debilitada, requereu a concessão de tutela antecipada determinando-se o restabelecimento das condições do contrato e, ao final, a procedência do pedido com a declaração de nulidade das cláusulas contratuais que autorizam a não renovação unilateral da apólice nº VG 12.713 pela requerida e a confirmação da tutela concedida, prorrogando-se o contrato de seguro de vida (fls. 2/18). Juntou documentos (fls. 19/30).

A tutela antecipada foi deferida, mantendo o contrato de seguro até decisão final (fls. 33/34).

A requerida foi citada (fls. 41) e ofertou contestação aduzindo, em preliminar, a sua ilegitimidade já que a ação deveria ser proposta contra a *Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A*, que figura como seguradora no contrato discutido. No mérito, afirmou que a não renovação do seguro encontra previsão contratual, sendo que a requerida notificou o autor com a antecedência mínima de sessenta dias, conforme dispõe a cláusula 9.2.1. Ademais, ofereceu uma nova apólice, com outras condições contratuais ao requerente, isso porque o contrato deveria ser adaptado às disposições da Circular Susep 302/05, alterada pela Circular 317/06. De qualquer forma, entende que não haveria obrigatoriedade na manutenção da avença inicial, já que o negócio jurídico tinha prazo determinado, sendo que a renovação exige o consenso das partes, por se tratar de negócio bilateral. Por fim, alega que as disposições do Código de Defesa do Consumidor não são inaplicáveis à espécie, já que se trata de relação privada, regida pelo princípio *pacta sunt servanda* do Código Civil, notadamente as disposições do art. 757 e seguintes. Mesmo que aplicável a Lei 8.078/90, ela não teria o condão de obrigar o requerido a renovar o contrato, ferindo a liberdade contratual. Com tais fundamentos assim resumidos pugnou pela extinção do processo sem resolução do mérito ou, subsidiariamente, a improcedência do pedido (fls. 47/59), acostando documentos (fls. 60/192).

O autor ofertou réplica, basicamente refutando os argumentos da requerida e reiterando os seus argumentos da petição inicial (fls.195/198).

É o relatório. **DECIDO.**

O feito comporta julgamento antecipado, pois as questões de fato estão demonstradas nos autos (art. 330, I, do CPC).

*“JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não, da realização de prova em audiência, ante a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório” (STJ, Ac da 4ª Turma no REsp 3.047, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU 17.09.1990).*

A preliminar deve ser afastada. Conforme se infere da apólice de fls. 25, inicialmente, o seguro foi contratado com a requerida. Como existia a possibilidade de renovação automática, nos demais anos a seguradora passou a ser a *Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A* (fls. 79), sendo cediço que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico. Assim, não há que se falar em ilegitimidade, já que a requerida tem responsabilidade contratual perante o autor.

A pretensão inicial é **procedente**.

O requerente pactuou um seguro de vida em grupo com a requerida desde 01 de dezembro de 1971 por intermédio da empresa *Manufatura de Brinquedos Estrela S/A*, sendo que quitou as parcelas pontualmente. No dia 24 de novembro de 2008 foi notificado pela requerida de que o seu seguro de vida, o qual terminaria em 31 de janeiro de 2009, não seria mais renovado. Caso o autor quisesse, deveria contratar outra apólice, com novas condições. Tais fatos são incontrovertidos, sendo prescindível a dilação probatória (art. 334, III, do CPC).

Inquestionável a regência da lide pela Lei 8.078/90, já que presente uma relação de consumo. O autor se enquadra na definição de consumidor do art. 2º, pois adquiriu e pretende utilizar os serviços prestados pela requerida, qual seja, o seguro de vida em grupo. Por outro lado, a ré é prestadora de serviços de securitização, no caso em apreço, de seguros em vida (art. 3º da Lei 8.078/90). Não se olvide que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” (art. 3º, § 2º, da citada Lei).

*Civil. A apresentação da estipulante perante o segurado como se seguradora fosse torna-a responsável pelo pagamento da indenização securitária, bem como pela obrigação de natureza previdenciária. Tratando-se de relação de consumo, aplicam-se as regras do CDC, que estabelece que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma a favorecer o consumidor (TJRS - 6ª. Câm. Cív. - ApCív 598555803 - rel. Dês. João Pedro Freire - j. 29.03.2000). Sublinhei.*

19

Na esteira desse raciocínio, a requerida malferiu o princípio da boa-fé objetiva e da equidade quando se recusou a renovar o contrato de seguro em vida do autor, sob o fundamento de que ele tinha prazo determinado, bem como de que a apólice deveria se adequar às previsões da Circular Susep 302/05, alteradas pela Circular 316/06.

Nem mesmo o Código Civil, invocado pela própria requerida, alberga a sua postura.

Dentre os três pilares básicos em que se encontra o Código Civil de 2002, um deles é o princípio da eticidade, permitindo que as disposições legais sejam interpretadas de acordo com o caso concreto, à luz de postulados éticos que devem nortear a conduta em sociedade.

Nesse sentido, o art. 421 do Código Civil determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ademais, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422 do CC).

Com efeito, os princípios da função social do contrato e da boa-fé exercem a função de balizas do princípio da autonomia privada, de sorte que as cláusulas contratuais, seja qual for a natureza do contrato, devem ser pautadas por aqueles princípios.

Aquele que adere a um seguro de vida pretende que a sua família ou a pessoa que ele indicar seja resguardado pela seguradora quando ocorrer a sua morte. Nessa esteira, viola a função social dessa espécie de contrato permitir se que

depois de 38 anos de sucessiva renovação da apólice de seguro (fls. 25), quando o segurado está com 92 anos de idade (fls. 21), exatamente no momento em que os riscos do sinistro passam a ser maiores (conforme dados de expectativa de vida do IBGE), a seguradora se recusa a renovar o contrato.

Da mesma forma, o princípio da boa-fé objetiva impede que a seguradora receba o prêmio pago pontualmente pelo autor há 38 anos e, na fase em que o seguro de vida mais se justificaria, recuse-se a continuar o contrato.

É certo que a apólice continha prazo determinado de validade, mas “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112 do CC). Nessa esteira, a postura das partes permite concluir que depois de longos anos de renovação de um seguro (38 anos até o momento), cuja finalidade é amparar os beneficiários indicados quando da morte do segurado, a obrigação se tornou de trato sucessivo, já que não havia razões para o autor querer a rescisão do seguro, notadamente na fase em que mais poderia precisar da securitização. A finalidade, portanto, do requerente era a manutenção da apólice até a ocorrência do sinistro.

*O princípio da boa-fé objetiva compreende um modelo de conduta social, verdadeiro “standard” jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.*

[...]

*No CC/2002, o neologismo eticidade se relaciona de forma mais próxima com uma noção de moralidade, que pode ser conceituada como uma forma de comportamento suportável, aceitável em determinado tempo e lugar. Destarte, a boa-fé servirá como um parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá de se portar como um ‘homem de seu meio e tempo’ para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais. (ROSENVALD, Nelson, Código Civil Comentado, coord. Cezar Peluso, Barueri-SP, editora Manole, 2007, p. 314 e 315).*

Dizer se que em nome da liberdade contratual a requerida não estaria obrigada a renovar o seguro seria autorizá-la a exercer a sua volúpia mercantilista sem o respeito à dignidade da pessoa humana do autor (art. 1º, III, da CF), sobrepondo interesses financeiros sobre outro direito fundamental do requerente, já que *o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente* (art. 8º da Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso). Aliás, é obrigação não só do Estado, mas também da *sociedade*, onde se inclui a ré, *“assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”* (art. 10, da Lei 10.741/2003).

Há que se fazer uma releitura de princípios constitucionais, já que estes, à luz do neoconstitucionalismo, possuem eficácia direta e orientam todo o or-

denamento jurídico. Nessa esteira, o interesse exclusivamente patrimonial do requerido deve ceder espaço a postulados tão caros num Estado Democrático de Direito em formação como dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF) e promoção do bem comum, sem preconceito de idades (art. 3º, IV, do CF).

As relações privadas, portanto, também devem ser analisadas naquela ótica, de forma que o interesse de uma das partes não pode aniquilar ou negar a condição de pessoa humana da outra, muito menos afrontar legítimos interesses criados durante um longo tempo de sucessivas prorrogações contratuais (38 anos). É que a pessoa humana, além de titular de direitos, também deve ser analisada como centro de convergência no negócio jurídico celebrado. Despatrimonializa-se o direito privado, com a personificação deste.

Embora a seguradora tente justificar a recusa na renovação do seguro alegando a necessidade de adaptações na apólice segundo a Lei vigente, não logrou êxito em ocultar a sua real motivação. É nítido que não pretende continuar com a apólice porque o autor já se encontra em idade avançada, cujo sinistro avizinha-se com maior probabilidade de ocorrência segundo as máximas de experiência (art. 335 do CPC).

A Circular Susep 302/05 e 317/06, invocadas pela ré, foram editadas há três anos e só agora teria surgida a necessidade de adaptação das apólices.

A requerida deveria ter analisada a questão a respeito dos riscos atuariais antes de firmar o contrato de seguro com o autor, de sorte que não pode agora, quando ele está com 92 anos de idade e pagou a apólice por 38 anos, querer modificar de forma drástica as condições pactuadas. Bem por isso, inviável se compelir o autor a aceitar outra apólice com condições diversas.

Em brilhante fundamentação, o eminente Desembargador Francisco Thomaz assim se manifestou:

*Ademais, não parece plausível que a seguradora ao emitir e contratar com o autor o seguro em tela não tenha considerado em seus cálculos de risco o envelhecimento dos segurados e o pagamento de determinado número de indenizações, que, por certo, encontram-se devidamente lastreadas nas contribuições dos segurados que, como o apelante, já duram mais de uma década.*

*Outrossim, a alegação de questões técnicas, que nada mais são do que questões econômicas, poderão ser revistas e eventualmente suprimidas nos prêmios pagos por novos integrantes da apólice ou outros produtos vendidos pela seguradora nos quais se embutirão no prêmio valores passíveis de suprir esse alegado, mas não provado, "desequilíbrio técnico".*

*Conquanto tenha a SUSEP regulamentado a matéria no sentido da livre rescisão dos contratos de seguro pelas seguradoras, mediante aviso-prévio de 30 dias, os direitos do consumidor não podem ser suprimidos, revelando-se injusta a negativa de renovação da apólice após quase duas décadas de contratação (TJ/SP, APELAÇÃO C/ REVISÃO Nº 1176272- 0/7, Seção de Direito Privado, 29ª Câmara, data do julgamento: 13/5/2009, data do registro: 17/6/2009)*

Como adverte o magistério da Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES:

*O tempo já transcorrido de duração do relacionamento contratual passa a ser, então, juridicamente relevante. Nesse ramo de negócios, a expectativa do consumidor é segurar não só seu presente, mas seu futuro e de sua família, enquanto a seguradora trabalha assumindo também riscos presentes e futuros, através de cálculos atuariais e probabilidades de sinistros de saúde e de coberturas necessárias. O fator tempo trabalha, porém, contra a seguradora, uma vez que com o envelhecimento de carteira, naturalmente mais despenderá em reembolso. Note-se que exatamente é esse o risco profissional desse ramo de atividades e quem nela está, deve incluí-los em seus cálculos e manter as promessas contratuais feitas com os consumidores, evitando frustrar o fim do contrato ou abusar de sua posição contratual ao romper definitivamente o vínculo. É risco profissional dos fornecedores cobrar corretamente, com base em cálculos atuariais fiéis, as mensalidades e os reembolsos executados. A tendência de manutenção desses vínculos, isto é, dos contratos cativos de longa duração, pode ser vista como uma tendência de proteção do sinalagma funcional desses contratos” (In Contratos na Defesa do Consumidor, 3ª ed., RT, p. 557/558).*

22

A despeito de a boa-fé ser cláusula aplicável a qualquer negócio jurídico, o art. 765 do CC é específico quanto a sua observância no contrato em comento, já que *“o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade”*.

Não se olvide que o princípio da boa-fé objetiva deve imperar em todas as fases contratuais, inclusive antes da sua formação e após a sua execução (fase pós-contratual).

*“Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade ‘post pactum finitum’. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina” (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 316).*

**Enunciado 25 do Conselho da Justiça Federal:** *“O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”*.

**Enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal:** *“A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”*.

De se ver, portanto, que a postura da ré, ao se recusar a renovação de um contrato de seguro de vida nas condições em que se encontra o autor – 38 anos de pagamento da apólice, estando com 92 anos de idade – é totalmente abusiva.

Ofende o equilíbrio contratual entre as partes ao obrigar o autor a aceitar uma apólice com condições diversas daquela que foi sucessivamente renovada por quase quatro décadas, colocando-o em manifesta desvantagem, sendo totalmente contrária à boa-fé (art. 51, IV, da Lei 8.078/90).

Com a idade do autor, torna-se quase impossível encontrar outro seguro de vida, bem por isso a requerida aproveitou-se da situação para tentar-lhe impor outra apólice totalmente desvantajosa sob a ameaça de não renovação. Essa situação permite que o fornecedor, unilateralmente, altere o conteúdo e a qualidade do contrato após a sua celebração (art. 51, XIII, da Lei 8.078/90).

A aludida cláusula que permite a não renovação do seguro, no caso em apreço, é nula porque se mostra excessivamente onerosa ao autor, consumidor, considerando que se trata de um contrato de seguro de vida pago por quase quatro décadas, por alguém com 92 anos de idade, que dificilmente encontraria outro seguro nas mesmas condições (art. 51, § 1º, III, da Lei 8.078/90).

*Nulidade absoluta. Declaração pelo Poder Judiciário: O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, "ex officio". A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual, é cogente; a lei brasileira não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por "abuso do poderio econômico" do fornecedor, como exigia a lei francesa; ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas, se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC, e a autonomia de vontade não prevalecerá (MARQUES, Cláudia Lima e outros, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 693)*

Sob outro enfoque, a conduta da ré constitui também um abuso de direito (art. 187 do CC), já que a requerida utilizou de um direito seu (previsto na cláusula 9.2.1 do contrato) de forma dissociada da boa-fé e da função social, haja vista que a citada cláusula não foi pactuada para que a requerida discriminasse o autor em razão da idade avançada dele.

Conforme leciona NELSO NERY JR.:

*“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” (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, coord. Ada Pellegrini Grinover e outros, 9ª ed., Rio de Janeiro, editora Forense Universitária, 2007, p. 530)*

Destarte, a cláusula invocada pela requerida para amparar a não renovação da apólice securitária, em razão das peculiaridades do caso concreto, é nula de pleno direito, nos termos do art. 51, *caput*, da Lei 8.078/90.

Nesse sentido já decidiu o Eg. Tribunal de Justiça:

*SEGURO – Vida e Acidentes pessoais – Pagamento do prêmio durante quase 28 anos – Notificação pela seguradora, depois de lapso temporal, de que a renovação somente seria possível com o aumento do preço do prêmio e da redução do valor do capital segurado – Segurado que à data da notificação já contava com 67 anos de idade – Proximidade da média de vida do brasileiro, que é de 72 anos – Síntese de Indicadores Sociais 2008, divulgada do IBGE de 2007 – Manutenção do contrato de seguro, por representar, no caso, a única alternativa que preserva os direitos do consumidor – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Omissão da seguradora quanto a não renovação do seguro a partir de determinada faixa etária – Fato relevante que se conhecido, conduziria o segurado a não firmar o contrato – Procedimento abusivo, porque viola os princípios da lealdade e da boa-fé – Declaração procedente – Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 1.108.393-0/7 – São Paulo – 27ª Câmara de Direito Privado – Relator: Antonio Maria – 10.03.09 – V.U. – Voto n. 13.671).*

*TUTELA ANTECIPADA – Ação de manutenção de vigência de seguro de vida em grupo – Contrato renovado anualmente e sucessivamente por 14 anos – Não renovação pela seguradora, sob o pretexto de “razões estratégicas” – Vigência quando o segurado tinha 60 anos de idade e cessação quando já atingia 74 anos de idade – Pretendida incidência de disposição contida na Circular n. 17, de 17/07/92, da SUSEP – Inadmissibilidade – Abusividade, por contrária aos princípios da legislação consumerista, da cláusula contratual ou dispositivo contido em Circular que autorize, pura e simplesmente, à seguradora, a*

*não renovar o contrato de seguro, imotivadamente, ao final de sua vigência – Contrato cativo – Recurso provido. (Agravo de instrumento n. 962.970-00/1 – São Paulo – 36ª Câmara de Direito Privado – Relator: Romeu Ricupero – 26.01.06 – V.U. – Voto n. 5821)*

Por fim, saliente-se que a postura da ré, além de contrária ao ordenamento jurídico, é moralmente reprovável ao discriminar o autor por sua idade avançada, uma vez que *“à sociedade convém intensamente que pessoas idosas, menores, incapazes, acidentes ou portadores de algum déficit sejam defendidas, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações”* (MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 15ª ed., São Paulo, editora Saraiva, 2002, p. 504).

A requerida só poderá levantar os valores depositados judicialmente, a título de pagamento do prêmio, depois do trânsito em julgado desta decisão, haja vista que caso a decisão seja reformada, os valores pagos pelo requerente seriam indevidos. A medida evita a necessidade de uma ação de ressarcimento.

Por dar causa indevida ao processo, a requerida deverá arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 7.000,00, levando-se em conta a natureza da demanda (importância individual e social dessa espécie de ação), o excelente trabalho da advogada (ofertando densa fundamentação jurídica, com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, bem como com manifestações precisas e pontuais), e o valor da apólice (prêmio de R\$ 154.099,00 em caso de morte e invalidez – fls. 26), tudo nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Diante do exposto, julgo totalmente procedente o pedido inicial declarando a nulidade da cláusula 9.2.1 do contrato de seguro firmado entre as partes, determinando-se que a não renovação do contrato depende da aquiescência de ambas as partes, mantendo-se as condições estabelecidas na apólice VG nº 12.713, até que isso não ocorra. Por consequência, confirmo a tutela antecipada e condeno a requerida ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados estes em R\$ 7.000,00, corrigidos pela Tabela Prática do TJ/SP e com juros de 1% ao mês a contar da intimação desta sentença, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Fixo os honorários do convênio OAB/SP e Defensoria Pública de SP em 100% do valor da Tabela.

P.R.I.

Valparaíso, 19 de junho de 2009.

**Marcelo Yukio Misaka**  
Juiz de Direito



Sentença. Penal. Embriaguez ao volante. art. 306, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.503/97, com redação dada pela Lei 11.705/08, combinado com o artigo 2º do Decreto 6.488/08. Teste do “bafômetro”. Ausência de exame de sangue. Tipo penal vinculado à quantidade de álcool presente no sangue. Princípio da reserva legal. Impossibilidade de o legislador conceder à Administração a absoluta liberdade para estabelecer quais as hipóteses e circunstâncias em que o tipo penal fechado poderia ser ampliado. Denúncia rejeitada.

27

COMARCA DE SÃO PAULO - SP

Vistos.

O **Ministério Público** ingressou com a presente ação penal condenatória em face de **Maria Alice Pereira Bueno**, devidamente qualificada, imputando-lhe a prática do delito tipificado pelo art. 306, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.503/97, com redação dada pela Lei 11.705/08, combinado com o artigo 2º do Decreto 6.488/08, em razão da condução, em via pública, do veículo Toyota/Corolla, XLII6VVT, de cor cinza, placas DMC-0027, estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas, tendo por base o exame

equivalente que apurou a concentração de álcool superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, fato este ocorrido no dia 21 de março de 2009, por volta das 02:15min., na Rua Ministro Rocha Azevedo, na altura do n. 1266, nesta cidade e Comarca.

A persecução penal foi deflagrada com a lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Arbitrada a fiança pela autoridade policial, a ré foi posta em liberdade após recolher o valor fixado.

#### **Eis, em síntese, o relatório.**

#### **Passo, em seguida, a fundamentar.**

A tese acusatória, com fulcro na norma de extensão prevista pelo parágrafo único do artigo 305 da Lei 9.503/97, imputa à acusada a prática do delito de embriaguez ao volante. Para tanto, toma por base o resultado obtido no teste do etilômetro, vulgarmente conhecido por bafômetro, o qual detectou uma concentração de 0,77mg/l nos pulmões daquela. Não há, portanto, o exame de sangue cuja alusão, note-se, foi expressamente referida pelo tipo penal.

Pela legislação anterior, a condição de alcoolizado poderia ser demonstrada por todos os meios de prova admitidos em direito, dentre os quais o exame clínico ou mesmo a prova testemunhal. Ocorre que a alteração legislativa ao incorporar, no próprio tipo penal, o *quantum* de álcool presente no sangue, tornou inviável a equivalência por ato emanado do Poder Executivo.

De um lado, porque o próprio tipo penal circunscreve os limites de sua incidência ao incorporar, como elementar, um parâmetro de concentração por litro de sangue. Por uma decorrência lógica do princípio da reserva legal e de sua taxatividade, tal especificidade não poderia ser ampliada por atos provenientes de outras esferas de Poder. E, nesse aspecto, a ideia de norma penal em branco não auxilia no deslinde da questão, até mesmo porque o tipo penal em apreço é, nesse específico ponto, fechado.

Não se nega tenha o legislador estabelecido a possibilidade de equivalência entre os distintos testes de alcoolemia – parágrafo único do art. 306. No entanto, ao assim proceder, delegou competência legislativa penal e processual penal ao Poder Executivo, o que é vedado pela sistemática constitucional brasileira.

Com efeito, ao enrijecer o próprio tipo penal inserindo na norma penal incriminadora o grau de concentração de álcool por litro de sangue, o legislador limitou qualquer procedimento de ampliação típica. Mas, ainda que se admitisse uma extensão, tal somente poderia ser realizada por quem detém legitimidade constitucional para tanto, em decorrência natural do princípio da reserva legal. Dito de outra forma, o legislador não poderia conceder à Administração a absoluta liberdade para estabelecer quais as hipóteses e circunstâncias em que o tipo penal fechado poderia ser ampliado.

E é justamente nesse ponto que a hipótese tratada nos autos não se equipara totalmente à da norma penal em branco. Nesta, o legislador faz uso de expressões que exigem uma complementação, tarefa que pode ser empreendida pela mesma fonte normativa ou não, desde que respeitada a

estrutura constitucional imposta pela divisão de Poderes. É a lição de Zaffaroni e Pierangeli<sup>1</sup>:

*O Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais e municipais. Em tais hipóteses o Congresso Nacional não rompe a divisão dos poderes que a Constituição estabelece, mas, ao contrário, deixa em branco a lei penal para respeitar a divisão dos poderes.*

(...)

*O Poder que completa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais.*

Ocorre que o tipo penal em questão, na delimitação da concentração caracterizadora do estado de embriaguez é fechado. E eventual ampliação – que por si só seria discutível – somente poderia ser feita pelo próprio legislador não sendo admissível a delegação de competência para outras esferas de Poder tal como a verificada. Mas não é só.

Com efeito, ao delimitar a grandeza da concentração o legislador também circunscreveu o meio de prova admissível. Ou seja, é o exame de sangue o meio eleito para a comprovação da figura penal típica. A adoção de outros meios de prova para fins penais, o que constitui matéria eminentemente processual, não poderia ser delegada à Administração, sob pena de violação da regra prevista pelo artigo 22, inciso I da CR. Afinal, cabe privativamente ao Poder Legislativo Federal legislar sobre direito processual. Obviamente, não estaria o Poder Executivo impedido de estabelecer os meios probatórios destinados à comprovação das infrações administrativas. No entanto, quando estes mesmos meios de prova foram rigidamente fixados pelo legislador para fins penais, não cabe ao Executivo ampliá-los sob pena de invasão da esfera de outro Poder.

Por outro lado, o caso tratado nos autos também envolve a problemática do direito de não produzir prova contra si mesmo e que é representado pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*. Como se sabe, cuida-se de direito que se harmoniza com o modelo processual acusatório, o qual impõe à acusação o ônus probatório. Logo, não pode o acusado ser compelido a prestar colaboração à formação do material probatório, até mesmo porque, há muito foi superada a postura de considerá-lo como simples objeto de prova. É ele verdadeiro sujeito processual.

De qualquer modo, galgado ao plano dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a garantia supõe a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos encarregados da persecução. No entanto, ainda que alçado ao plano dos direitos fundamentais, a sua operacionalização deve se harmonizar com outros valores, interesses e direitos igualmente fundamentais. Nesse sentido, lúcido é o magistério de Maria Elizabeth Queijo<sup>2</sup>, para quem **os limites do nemo tenetur se detegere são**

1 *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 452.

2 *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 355.

**imanes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento em sede constitucional.** Se assim não fosse, a garantia assumiria contornos absolutos impedindo, por consequência, o exercício legítimo do poder-dever punitivo estatal. É o que pontua a autora: **se não admitisse qualquer limitação ao nemo tenetur se detegere, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa.**<sup>3</sup>

As limitações, ainda que admitidas, não podem ser exageradas a ponto de inviabilizarem a própria garantia, comprometendo o próprio resguardo da dignidade humana. É o que observa, uma vez mais, Elizabeth Queijo: **as limitações são, pois, inevitáveis, mas não deverão conduzir ao extremo sacrifício do direito fundamental restringindo-o, tornando-o irreconhecível ou desnaturado. A essência do nemo tenetur se detegere deverá ser preservada, mantidos os seus atributos mínimos. Nessa ótica, não se poderá, à evidência, aniquilar esse princípio, sacrificando-o extremamente a ponto de compelir o acusado a colaborar ativamente em provas como a reconstituição do fato, o exame grafotécnico e o etilômetro.**

Daí a necessidade do recurso à ponderação em que se sobressai o princípio da proporcionalidade. Trata-se, como observa Suzana Toledo Barros<sup>4</sup>, de importante critério de avaliação quanto à legalidade da restrição dos direitos fundamentais, sobretudo quando presente uma situação conflituosa. Por essa perspectiva, embora o legislador esteja autorizado a fixar limites, estes sempre estarão sujeitos ao controle judicial quanto à pertinência, à adequação e à necessidade da medida.<sup>5</sup>

No caso em apreço, a obrigatoriedade de cooperação dos acusados resulta clara em face do disposto no artigo 277 do Código de Trânsito que sujeita o condutor, suspeito de embriaguez, à aplicação de sanções administrativas e penais na hipótese de recusa à submissão dos exames clínicos. A toda evidência, não se trata de solução que procure harmonizar os interesses em conflito. Isso porque a simples ameaça de punição desconsidera por completo aquele direito. Por outro lado, a sanção penal prevista para o crime tipificado pelo artigo 306 é compatível com a suspensão condicional do processo sendo um forte indicativo de sua relativa reprovabilidade. Diante de tal cenário, a restrição ao direito fundamental, na dimensão desenhada pelo legislador, configura medida por demais onerosa quando posta em consideração a perspectiva de solução do conflito penal por vias heterodoxas.

Não obstante, tratando-se o etilômetro de prova que necessita de colaboração do acusado, ainda que sem intervenção corporal, o consentimento é medida imperiosa, devendo, para tanto, ser precedido da advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere*. Afinal, a ciência prévia constitui importante fator

3 Op. cit., p. 356.

4 *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.

para que a manifestação de vontade possa ser reputada livre e consciente. É, note-se, a conclusão de Elizabeth Queijo<sup>6</sup>.

Pois bem. No caso tratado nos autos, a acusada recusou-se, inicialmente, a submeter-se ao teste. Foi então advertida das consequências jurídicas e, dessa forma, acabou sucumbindo às pressões. Não foi, portanto, cientificada da dimensão do direito que a amparava o que, obviamente, comprometeu não só o consentimento, mas também a própria prova obtida.

Logo, a imprestabilidade do exame realizado, seja pela violação do princípio da legalidade penal, seja pela impossibilidade de delegação de competência legislativa processual penal ou mesmo pela limitação desproporcional do *nemo tenetur se detegere*, afasta a justa causa para o oferecimento da ação penal.

Como é assente, o exercício do direito à ação está jungido ao atendimento de certas condições. Trata-se de uma filtragem preliminar voltada a impedir o ajuizamento de ações desprovidas do mínimo de sustentabilidade. Daí a alusão à "possibilidade jurídica do pedido", ao "interesse de agir" e à "legitimidade *ad causam*" Mas, a par destas, estruturadas pela tradicional processualística, inicialmente a doutrina penal e, mais recentemente, o próprio legislador, consagraram o que se convencionou denominar de "justa causa".

Ao procurar defini-la, Afrânio da Silva Jardim assinala: ***torna-se necessário ao regular o exercício da ação penal a demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.***<sup>7</sup> É a mesma linha seguida por Maria Lucia Karam para quem a justa causa atua como uma verdadeira condição da ação ao lado daquelas tradicionalmente aceitas, prestando-se como importante critério valorativo quanto à idoneidade e à seriedade da acusação<sup>8</sup>.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, por sua vez, sem inserir a justa causa como uma condição própria, a decompõe em duas partes. Uma vinculada à ideia de legalidade da acusação e a outra à sua legitimidade. Dessa forma, prossegue a autora, ***para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade.***<sup>9</sup>

Pois bem. Independentemente da polêmica doutrinária que gravita em torno da inserção da justa causa no campo das condições da ação, fato é que o exercício da ação penal de natureza condenatória exige mais do que as condições que inicialmente foram desenhadas para o processo civil. É que a imputação descrita e narrada pela denúncia ou queixa deve conter o mínimo de sustentabilidade. É a medida dada pelo juízo de probabilidade. Ou seja, há que se constatar um lastro probatório suficiente de modo que a acusação não se torne temerária, sobretudo em razão das graves consequências jurídicas e sociais provocadas àquele que se vê formalmente acusado.

6 Op. cit., p. 365.

7 Bases constitucionais para um processo penal democrático, *RePro* 40/105, São Paulo, out./dez. 1985.

8 A admissibilidade da acusação e a pronúncia, *Fascículos de Ciências Penais*, 6/130, Porto Alegre, jan./mar. 1993.

9 *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

Dessa forma, uma vez afastada a legalidade do exame a que foi compulsoriamente submetida a acusada, resta imprestável o resultado por ele apurado o que torna a acusação desprovida de lastro probatório mínimo que possa lhe conferir sustentabilidade. A rejeição é, nesse cenário, medida que se impõe.

**DECIDO.**

Com supedâneo no exposto, reconhecendo a ausência de justa causa, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, rejeito, liminarmente, a denúncia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se guia de levantamento da fiança recolhida, arquivando-se, na sequência, os autos.

P.R.I.C.

São Paulo, 16 de abril de 2009.

**Marcos Zilli**  
Juiz de Direito

**Alvará judicial. Interrupção da gestação.  
Feto anencéfalo. Inviabilidade de vida. Feto  
portador de anencefalia é menos vivo  
(ou mais morto) do que o indivíduo  
com morte encefálica declarada.  
Abortamento autorizado.**

33

VARA ÚNICA DE CAFELÂNDIA  
COMARCA DE CAFELÂNDIA – SP

**I. Relatório**

Cuida-se de pedido de alvará judicial para interrupção da gestação de Marisa dos Santos.

Marisa dos Santos e Daniel Batista dos Santos, conviventes, desejam autorização para abortamento de feto anencéfalo.

Os requerentes relataram que a gestação já ultrapassou a 29ª semana e que descobriram, no dia 27/8/2008, que o feto é anencéfalo.

Sustentaram que não é o caso de a gestação ser prorrogada para a concepção de um ser inviável que falecerá ainda no ventre, durante o parto ou logo em seguida.

O pedido foi instruído com declaração médica do Dr. Wilson Lemos de Resende Filho, CRM 53.803, no sentido de que o feto apresenta quadro de anencefalia, "incompatível com a vida, pois quando nasce o feto vive em vida vegetativa e de curtíssima duração".

Por cautela, os depoimentos pessoais dos requerentes foram colhidos aos 5/9/2008 (fls. 19/20) e renovados aos 8/9/2008 (fls. 31 e seguintes).

O Ministério Público opinou pelo indeferimento. Enfatizou que a proteção constitucional "não exige que a vida nascente seja perfeita ou não, seja

saudável ou não, nasça em lar de cômodos recursos ou não”. Discorreu sobre os casos de aborto legal e sobre a falta de amparo legal do pedido. Salientou que a gestante não corre risco de morte. Transcreveu parecer sobre a impossibilidade do aborto eugênico de fetos defeituosos, deficientes. Mencionou que a autorização judicial interferiria nas relações sucessórias e que a lei defende os direitos do nascituro. Tratou do amor da mãe e da sua abrangência, inclusive, pela prole defeituosa.

## II. Fundamentação

**Decido.**

**Passarei à análise do mérito e, adiantando, o desfecho será a procedência do pedido.**

Talvez se eu fosse ateu não teria pensado um pouco na solução que deveria dar ao caso, pois é inevitável que a religiosidade imponha ao julgador alguns conflitos quando o assunto é o aborto, seja ele de que natureza for.

Mas sou um técnico e como tal decidirei...

As discussões jurídicas não raramente envolvem argumentos religiosos que se não as tornam intermináveis, pelo menos as prorrogam muitas vezes por tempo superior ao necessário para que os conflitos de interesses e a pacificação social sejam atingidos.

Prova disso é que a discussão sobre a ilicitude ou não do aborto do feto anencéfalo já perdura por mais de quatro anos na mais alta Corte judiciária brasileira quando, ao que parece, sem prejuízo da diversidade de opiniões e da complexidade do tema, já poderia ter sido resolvida, notadamente se, com o devido respeito, não tivessem sido admitidas tantas intervenções de segmentos religiosos, os quais, acredito, pouco contribuirão para o deslinde da questão.

Dividirei a fundamentação em tópicos para melhor compreensão.

### **a) Ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF**

Não desconheço a tramitação da ADPF 54, que passarei a resumir. Antecipo que não poderei me furtar de algumas transcrições. Elas são mais úteis do que enfadonhas.

A ação foi distribuída aos 17/6/2004 com o objetivo de declarar não criminosa a interrupção da gestação do feto anencéfalo.

Ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), representados pelo constitucionalista Dr. Luís Roberto Barroso, recebeu a seguinte decisão liminar da lavra do eminente Min. Marco Aurélio:

*ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL – ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE – AUTONOMIA DA VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SAÚDE – GRAVIDEZ – INTERRUPTÃO – FETO ANENCEFÁLICO.*

1. Com a inicial de folhas 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extrauterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a arguição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal – artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II –, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS – Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnos-

ticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a arguente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente. A arguente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato – procuração – de folha 26, anexaram-se os documentos de folhas 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato. No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – REQUERIMENTO – IMPROPRIIDADE.**

*1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:*

*A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.*

*2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.*

*3. Indefiro o pedido.*

*4. Publique-se.*

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno, e 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na

previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal. Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

*A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.*

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, Desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

*1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.*

*2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.*

*3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpreta-*

*ção extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.*

*4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.*

*5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.*

Daí o *habeas* impetrado no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes – artigo 3º da Lei nº 9.882/99 –, é de se dar sequência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas,

às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação. Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

No dia 28/9/2004, o Min. Marco Aurélio entendeu que as audiências públicas seriam bem-vindas:

**2 – A MATÉRIA EM ANÁLISE DESÁGUA EM QUESTIONAMENTOS MÚLTIPLOS. A REPERCUSSÃO DO QUE DECIDIDO SOB O ÂNGULO PRECÁRIO E EFÊMERO DA MEDIDA LIMINAR REDUN-**

*DOU NA EMISSÃO DE ENTENDIMENTOS DIVERSOS, ATUANDO A PRÓPRIA SOCIEDADE. DAÍ A CONVENIÊNCIA DE ACIONAR-SE O DISPOSTO NO ARTIGO 6º, § 1º, DA LEI Nº 9882, DE 3/12/99(...) ENTÃO, TENHO COMO OPORTUNO OUVIR, EM AUDIÊNCIA PÚBLICA, NÃO SÓ AS ENTIDADES QUE REQUERERAM A ADMISSÃO NO PROCESSO COMO 'AMICUS CURIAE', (...) COMO TAMBÉM AS SEGUINTE ENTIDADES: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE GENÉTICA CLÍNICA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA FETAL, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE, DIREITOS SOCIAIS E DIREITOS REPRESENTATIVOS, ESCOLA DE GENTE, IGREJA UNIVERSAL, INSTITUTO DE BIOTÉCNICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO (...) DEPUTADO FEDERAL JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI,(...)3. AO PLENÁRIO, PARA DESIGNAÇÃO DE DATA, VISANDO À APRECIÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM RELATIVA À ADMISSIBILIDADE DA ADPF.*

Em outubro de 2004 decidiu-se, por maioria (sete a quatro), pela revogação da liminar:

*EM SEGUIDA, O TRIBUNAL, ACOLHENDO PROPOSTA DO SENHOR MINISTRO EROS GRAU, PASSOU A DELIBERAR SOBRE A REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA E FACULTOU AO PATRONO DA ARGUENTE NOVA OPORTUNIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL. PROSEGUINDO NO JULGAMENTO, O TRIBUNAL, POR MAIORIA, REFERENDOU A PRIMEIRA PARTE DA LIMINAR CONCEDIDA, NO QUE DIZ RESPEITO AO SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS E DECISÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO, VENCIDO O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO. E O TRIBUNAL, TAMBÉM POR MAIORIA, REVOGOU A LIMINAR DEFERIDA, NA SEGUNDA PARTE, EM QUE RECONHECIA O DIREITO CONSTITUCIONAL DA GESTANTE DE SUBMETER-SE À OPERAÇÃO TERAPÊUTICA DE PARTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS RELATOR, CARLOS BRITTO, CELSO DE MELLO E SEPÚLVEDA PERTENCE. VOTOU O PRESIDENTE, MINISTRO NELSON JOBIM...*

Uma respeitável minoria, portanto, defendeu a liminar que havia autorizado o abortamento.

Em abril de 2005 a maioria entendeu admissível a ADPF, mas votaram contra os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, ou seja, não houve consenso nem mesmo em relação ao instrumento manejado pela autora.

Aos 31/7/2008 o Relator agendou audiências públicas:

*(...) devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. (...) incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de*

*quinze minutos para cada exposição – viabilizada a juntada de memoriais – e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h: a) 26 de agosto de 2008 (...) b) 27 de agosto de 2008 (...) c) 28 de agosto de 2008 (...) Quanto ao requerimento do Ministério Público formalizado à folha 270, no sentido de serem ouvidos oito professores, sem especificação das respectivas áreas de atuação, indefiro o pedido. (...) Providenciem as intimações cabíveis, devendo as entidades referidas designar, previamente, as pessoas naturais que as representarão. Deem ciência do teor desta decisão (...).*

Vários convites para as citadas audiências públicas foram remetidos, dentre outras, aos seguintes destinatários: Organização Não Governamental “Católicas Pelo Direito de Decidir”; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; Deputado José Aristodemo Pinotti; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC; Sociedade Brasileira de Genética Clínica – SBGC; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal – SOBRAMEF; Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO; Conselho Federal de Medicina – CFM; Associação Escola da Gente; Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Igreja Universal do Reino de Deus – IURD; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família.

Por despacho datado de 1º/9/2008, convidou-se o Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, para audiência pública agendada para o último dia 5/9/2008, última sexta-feira. Disse o respeitado médico que cabe à mãe a interrupção ou não da gravidez nos casos de fetos anencéfalos. Temporão explicou que a anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida fora do útero e que um feto com anencefalia não sobrevive ao parto. Essa é “uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial de Saúde”, afirmou. Ele disse que a posição de sua pasta é a de apoiar o pedido que deflagrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que visa a garantir o direito de escolha da mulher grávida sobre a antecipação do parto nesses casos. “O Ministério da Saúde defende essa garantia fundamentado, entre outras razões, na dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto”, argumentou. O ministro completou que atualmente o Sistema Único de Saúde (SUS) é capaz de dar um diagnóstico seguro sobre anencefalia e que está preparado para acompanhar todas as fases com a gestante, desde o momento em que é informada sobre o problema até a orientação para procurar o Judiciário, fazer o enterro do natimorto ou como planejar uma nova gestação<sup>1</sup>.

O relator da ADPF, ministro Marco Aurélio Mello, marcou para o próximo dia 16 de setembro uma nova rodada de debates sobre o tema. Com base nos elementos colhidos durante as audiências públicas já realizadas e nos que serão colhidos em breve, o Relator chegou a declarar publicamente que espera uma vitória “acachapante” da tese que defende a antecipação do parto.

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/69550,1>. Acesso em: 8 set. 2009.

Tenho acompanhado os debates e me parece que os elementos de fato importantes têm sido trazidos por entidades médicas. As demais entidades e organizações, por sua vez, têm escorado alguns pareceres desfavoráveis ao abortamento em argumentos um tanto quanto populares, excessivamente religiosos e pouco técnicos, com o devido respeito, como já disse, inúteis à solução do impasse.

A ADPF nº 54, como visto, pende de julgamento e de manifestações de vários *amicus curiae* admitidos.

Como ela se arrasta por mais de quatro anos e como não há perspectiva de desfecho, terei de decidir de imediato, notadamente porque a requerente gestante demonstrou, em duas audiências, que está convicta do que quer.

### **b) Definição de morte**

A literatura médico-legal costuma traçar uma cronologia das definições de "morte" já divulgadas pelos estudiosos e, por incrível que pareça, há dezenas delas e o tema não está (e parece que nunca estará) pacificado.

Isso porque a morte, como ensina Genival Veloso de França (o mesmo invocado na manifestação do Ministério Público):

*Não se pode atualmente aplaudir a ideia de que o corpo só pode estar em dois estados – de vida ou de morte –, pois é sabido que a morte se produz por etapas sucessivas, em determinado espaço de tempo, e por isso, ela não é simplesmente um momento ou um instante, como defendem os espiritualistas, mas um verdadeiro processo<sup>2</sup>.*

42

Prossegue o renomado legista:

*(...) cobra-se uma maior reflexão sobre um novo conceito de morte, quando as cirurgias de transplantes tornam-se uma realidade técnica e quando as condições atuais permitem prolongar por muito tempo uma vida atrás de meios artificiais. Por outro lado, não é justo que se tenham dois conceitos de morte: um, de caráter utilitarista e pragmático, para satisfazer os interesses da transplantação; outro, de caráter protocolar, para proveitos de ordem estatística e sanitária. É necessário, pois, que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte, de tal forma que tudo seja colocado em seu justo limite: no benefício da sociedade e no respeito incondicional da dignidade humana.*

*(...) Atualmente, a tendência é dar-se privilégio à avaliação da atividade cerebral e ao estado de descerebração ultrapassada como indicativo da morte real<sup>3</sup>.*

Enquanto leciona sobre a morte cerebral, invocando conclusões que vêm sendo divulgadas desde 1968, o autor menciona que a morte cerebral se baseia na cessação da atividade elétrica do cérebro. Revela que a Associação Médica Mundial, por meio da Declaração de Sidney, em 1968, estabeleceu:

<sup>2</sup> *Medicina Legal*. Rio de Janeiro : Ed. Guanabara Koogan, 6ª ed., 2001, p. 308.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 308-309.

*A dificuldade é que a morte cerebral é um processo gradual de nível celular, já que a capacidade dos tecidos de suportar a falta de oxigênio é variável<sup>4</sup>.*

Esclarece que:

*A tendência é aceitar-se cada vez mais a 'morte encefálica', traduzida como aquela que compromete de forma irreversível a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa; diferente, pois, da 'morte cortical' que apenas compromete a vida de relação, mas o tronco cerebral continua a regular os outros processos vitais como a respiração e a circulação sem a ajuda de meios artificiais<sup>5</sup>.*

E arremata:

*Acreditamos ter-se chegado ao momento de se elaborar um razoável conceito ético de morte, desde que os critérios médicos para sua avaliação sejam simples, objetivos, transparentes, universais e acessíveis. E que se entenda que o momento da morte não pode ser objeto de diagnóstico porque ele não é evidente nem avaliado. Mas pode-se determinar a morte de que se possa confirmar a ausência de sinais de vida organizada. Esta determinação também não pode estar na morte de um órgão, mesmo sendo ele indispensável, senão na evidência de sinais claros que indiquem a privação da atividade vital como um todo e, se possível, registrados em instrumentos confiáveis.*

43

***Resumindo: o fato de um indivíduo, com privação irreversível da consciência, manter espontaneamente a integração das funções vitais (respiração e circulação), demonstra que é uma pessoa viva. Tal afirmativa, no entanto, não é o mesmo que manter tecnologicamente um simulacro de vida, prolongar artificialmente um sofrimento ou insistir no medacalismo obstinado da medicina fútil<sup>6</sup>.***

### **c) Disciplina legal e regulamentar dos transplantes**

A conclusão de França vai ao encontro do que prevê a legislação brasileira sobre transplantes.

A Lei Federal nº 9.434/1997 dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Ela foi regulamentada pelo Decreto 2.268/1997. A morte encefálica é imprescindível, mas, como nem poderia ser diferente, é dispensável a "morte circulatória", ou seja, a cessação da circulação sanguínea.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.480/1997, disciplinou a atuação médica. Dispôs que "a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida" (art. 3º). Nas justificativas, destacou:

4 Idem, p. 309.

5 Idem, p. 310.

6 Idem, p. 311.

*CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;*

**CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;**

**CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;**

*CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;*

*CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;*

*CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros (grifei).*

44

A Portaria GM/MS nº 487, de 2/3/2007, que tratou da “remoção de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento”, deixou bem claro que “a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível”<sup>7</sup>. Considera-se neonato a criança recém-nascida.

#### **d) Fundamentação propriamente dita**

Já há quem defenda que o feto anencéfalo na verdade já está morto no ventre da mãe, pois não é dotado de qualquer atividade cerebral.

Nesse sentido:

*A mulher é a mãe da humanidade e é por isso que o humanismo reverencia este ser humano, sabendo que há o elo básico de interdependência entre a mulher e o feto. Após o diagnóstico da anencefalia, a mulher tem a certeza de que não está gerando vida, mas morte, para não dizer que é durante toda a gestação do anencéfalo um caixão ambulante. Assim, não ocorrerá o bem-estar físico, psicológico e social dela porque o seu sentir e os seus olhos estão voltados para a morte. A vida inviável a deixou mentalmente ferida.*

<sup>7</sup> Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/include/deciso/es/mostra\\_decisao.asp?id=247](http://www.portalmédico.org.br/include/deciso/es/mostra_decisao.asp?id=247). Acesso em: 8 set. 2008.

*(...) forçar a mulher pobre a levar no ventre um ser sem vida até o final da gravidez é uma das mais profundas feridas que podem ser infligidas à sua mente e ao seu corpo...*

*Magistrados não análgicos nem dogmáticos autorizarão (sem culpa nem remorso) a interrupção da gestação de feto portador de malformações congênicas ou com enfermidade incurável. Assim decidindo, não fazem somente a justiça inadivável que o caso concreto pede, mas também homenageiam as suas mães e as mulheres despossuídas, alienadas, exploradas e maltratadas por todos os dogmas... (grifei)<sup>8</sup>.*

De qualquer forma, ainda que não se acate o posicionamento anteriormente exposto e que não se conclua que o feto anencéfalo não desfruta de vida, o que não se duvida é que ele é inviável e o que não se discute é que o óbito (na sua acepção mais conhecida), se não acontece no ventre ou durante o parto, o sucede, já que o feto ou se sustenta biologicamente da sua ligação com a mãe ou, mecanicamente, por pouco tempo, do aparato tecnológico que por vezes transmite aos demais a falsa (e dolorosa) impressão de que ele será capaz de "sobreviver".

**Enfim, se alguém me pedisse uma definição do feto anencéfalo, na minha humilde opinião de bacharel em Direito, mas com base nas pesquisas realizadas, eu assim me pronunciaria: o feto anencéfalo é um ser vivo privado, autonomamente, ou seja, sem auxílio mecânico ou suporte da estrutura materna, de desfrutar das funções vitais indispensáveis e em processo indesejável e inevitável de morte iminente. E me atreveria a complementar: se a vida e a morte pudessem ser graduadas, considerando que a existência do cérebro viável é pressuposto para a aferição do grau de higidez e/ou de comprometimento e até para a detecção da morte para fins de transplante, o feto portador de anencefalia é menos vivo (ou mais morto) do que o indivíduo com morte encefálica declarada.**

Só posso concluir que a mãe, antes do parto, cumpre apenas o papel que os aparelhos irão assumir depois dele, ou seja, que a falta de percepção do feto em relação às coisas da vida se manteria inalterada depois que o cordão umbilical fosse seccionado. A proteção constitucional, portanto, sem embargo das respeitáveis opiniões contrárias, já não impede o deferimento do pedido.

A normatização, conforme já exposto, prevê algum rigor para a retirada de órgãos do neonato anencéfalo.

Todavia, a restrição (leia-se, a necessidade de parada respiratória prevista na Portaria do Ministério da Saúde) certamente está mais adstrita à polêmica que envolve a anencefalia e à tentativa de, antes da decisão judicial final sobre o tema ou mesmo a sua regulamentação por lei específica, não fornecer subsídios aos médicos simpatizantes do aborto (que poderiam recorrer, por analogia, à permissão de transplantes para justificá-lo); do que propriamente à ideia, não manifestada até hoje, de reversibilidade do quadro clínico do anencéfalo.

Confesso, aliás, apesar de não ser afeto aos conhecimentos médicos, que não consegui compreender a distinção de um indivíduo com morte cerebral daquele que sequer cérebro possui, para o fim de transplante de órgãos.

<sup>8</sup> Autorizar aborto é preservar o princípio da vida. Nogueira Júnior, Antonio de Assis. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 25 mar. 2008.

O fato é que a citada Portaria, que por sua vez já foi detalhada no tópico próprio, só agravou o sofrimento das mães, as quais acabam sendo obrigadas a acompanhar os neonatos por horas ou dias (já se tem a notícia de que até por meses) em unidades de terapia intensiva, atrelados a respiradores e outros equipamentos, na certeza de que as medidas protetivas serão inócuas, apenas paliativas, protelatórias da parada cardíaca, esta, sim, evento certo e iminente.

E ao que parece, o parto natural ou ao final dos nove meses nada acrescentaria ao neonato, na medida em que sequer seria capaz de assimilar o evento e as suas consequências, tampouco as percepções decorrentes da sua condição de “vida” extrauterina.

Os respeitáveis posicionamentos contrários ao aborto do anencéfalo que se baseiam na proteção à vida, por isso, com a devida vênia, são questionáveis, seja porque a falta absoluta de atividade cerebral no ventre já pode fundamentar, para uns, a inexistência de vida, e para todos, a certeza de morte (que, como já vimos, é um processo que se inicia com a ausência daquela função cerebral); seja porque depois do parto o neonato, desprovido das funções cerebrais, somente preservará a circulação sanguínea se estiver indispensavelmente amparado por aparelhos, não aqueles biológicos de que se servia no ventre, mas os mecânicos criados pelo homem muitas vezes para salvar vidas, outras, apenas para prorrogar sofrimentos. Aliás, muitas discussões sobre a interrupção da “vida” (eutanásia etc.) somente passaram a existir depois da evolução tecnológica que a tem, em alguns casos, com exclusivamente, sustentado. Noutros tempos as teses protetivas sequer eram cogitadas, pois o desfecho do processo biológico da morte já iniciado, além de inevitável, era improrrogável...

Não vejo o abortamento, por isso, como ofensa ao direito constitucional à vida, pois o anencéfalo, tal como acima defendi, nada mais é do que um ser vivo (porque foi outrora concebido e detém algumas funções biológicas) em processo de morte (porque a caminho da falência total das suas funções). E o fato de ter aparência humana não pode interferir na tecnicidade da decisão...

A autorização da interrupção da gestação não equivale, como entende a representante da Associação para o Desenvolvimento da Família, a médica endocrinologista leda Therezinha Verreschi, também ouvida em audiência pública pelo Supremo, a “um retorno da sociedade à barbárie”. Não se trata de avaliar o ser humano só pela sua eficiência. Não é uma opção nazista por determinadas características físicas ou pela perfeição, mas uma sensata opção pela saúde da gestante, da sua família e de todos que a acompanham. Não se está diante de uma pessoa deficiente (na sua acepção mais restrita), mas de um ser vivo com aparência de pessoa que jamais poderá ser adjetivado como tal. Ela mesma admitiu que de 40% a 60% nascem vivos, mas é certo que apenas 8% sobrevivem por mais algum tempo depois do parto. Ou seja, de 40 a 60% nascem mortos e 92% morrem imediatamente após o parto. Mais do que isso, 100% falecem...

Recentemente decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Processo 70011918026):

*APELAÇÃO – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO E ANACRÂNICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA – APELAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO ANENCEFÁ-*

*LICO E ANACRÂNICO – LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO GARANTINDO DIREITO DA GESTANTE – DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.882/99 – ARTIGO 11 – MAIORIA DE 2/3 – RELEVÂNCIA DO TEMA – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA – CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA.*

*O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os abortos eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto extrauterina. Embora não incluída a antecipação de parto de fetos anencéfalos nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, o embasamento pela possibilidade esteia-se em causa suprallegal autônoma de exclusão da culpabilidade por inexigível outra conduta. O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto que tem possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade, o que não é o caso presente, atestada a impossibilidade de sobrevivência sem o fluido do corpo materno.*

*Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de antecipar o parto de feto com tal anomalia que o torna incompatível com a vida. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno.*

*Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza suprallegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.*

#### **PROVIDO.**

O tema ainda é (e em verdade sempre será) polêmico, mas a sociedade se inclina pela legalização expressa do abortamento do anencéfalo.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, aos 13/2/2006, aprovou por unanimidade parecer favorável ao Projeto de Lei 4.403, da Deputada Jandira Feghali, que defende a legalização do aborto no caso de fetos anencefálicos.

Ora, se o art. 128 do Código Penal autoriza o aborto de um feto perfeito e viável, a respeito do qual desconheço qualquer espécie de questionamento (nem mesmo proveniente dos mais “apaixonados pela vida” e dos mais fanáticos religiosos), mas decorrente de crime sexual, tão somente para preservar a saúde mental da mãe; não é justo que esta seja condenada a trazer no seu

ventre um feto inviável e em consequência seja submetida a uma dor ainda mais intensa: a de saber que o filho não pensa e não pensará, não sente e não sentirá, e que pelo tempo em que apresentar circulação sanguínea estará num leito de hospital, submetendo a família, os amigos e, por que não dizer, até os profissionais de saúde encarregados dos cuidados básicos, à angústia de ter de conviver com um ser naquelas condições e de prosseguir de mãos atadas até que a Justiça delibere sobre o assunto.

Conforme já salientou o eminente Min. Joaquim Barbosa nos autos do Habeas Corpus 84.025-6/RJ: “ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”.

A pretensão é procedente. Não posso exigir que o feto venha a causar ainda mais mal à mãe, ou seja, que efetivamente coloque em risco efetivo a vida da gestante, para só então autorizar o aborto.

Na definição de 1947 da Organização Mundial de Saúde, “saúde é o estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade”.

Certamente se houvesse plena ou até parcial viabilidade do feto e fundado risco de morte para a gestante, esta, se fosse consultada e pudesse opinar, até se arriscaria a preservar a gravidez e até a abrir mão da própria vida em favor da vida de seu filho.

48

No caso da anencefalia, ao contrário, foi a gestante que, decididamente, por duas vezes, quando poderia ter se aventurado em aborto clandestino, veio clamar pelo apoio do Poder Judiciário para a cirurgia, pois “não tinha escolha” (expressão utilizada pelo seu companheiro na segunda oitiva): de um lado estava a sua “saúde psicológica” e um provável risco para a sua “saúde física” (se é que é possível desmembrar o significado de “saúde”); de outro, a certeza da inviabilidade. E se a tal inviabilidade não fosse certa uma mãe não exporia o seu feto àquilo que alguns classificam como uma “brutalidade” e não se privaria de gerá-lo.

Ademais, os requerentes já possuem uma filha de 12 anos e revelaram que Marisa, por decisão conjunta, se submeterá à laqueadura, o que demonstra que o triste evento pode até ter interferido na opção do casal por outros filhos.

Nem mesmo a maior probabilidade de doação de órgãos justificaria o “arrastamento” da gestação até o final, pois não há escala para a proteção do sofrimento, ou seja, o sofrimento de que aguarda o transplante (e vem sendo assistido pela ciência médica) não é mais importante do que o sofrimento da gestante que carrega o feto inviável (e que não há tratamento que possa abrandar).

Quanto aos direitos sucessórios, suponho que o abortamento não interferirá na sua definição, já que se o feto viesse a nascer naturalmente, como faleceria (e falecerá), o patrimônio que viesse a adquirir seria devolvido aos seus pais por força do art. 1.829, inc. I, do Código Civil.

Instado a decidir sobre o aborto do anencéfalo, longe de preocupar com a complexidade do tema e com as consequências que adviriam da procedência, confesso que me senti grato à requerente por poder de alguma forma minorar a sua angústia. A decisão certamente seria mais difícil de ser tomada se eu estivesse diante de uma gravidez de um ser perfeito, mas decorrente de estupro.

Além disso, foi gratificante enfrentar a questão, pois ainda que um indivíduo, mesmo que seja Magistrado, opine livremente e despreziosamente sobre um tema, somente quando é convidado a se manifestar formalmente e quando da sua decisão podem decorrer efeitos tão irreversíveis é que ele de fato firma uma posição. Tratando-se do primeiro caso do gênero que analiso e, ao que parece, salvo equívoco, de um verdadeiro *leading case* na Comarca de Cafelândia(SP), a postura deste subscritor, salvo melhor juízo, enquanto titular da Vara Única, será pelo acolhimento, o que divulgo justamente para de certa forma tranquilizar todas as mulheres que nela mantenham residência.

**Isso posto, autorizo o abortamento do feto de Marisa dos Santos, RG nº 29.613.358-9/SP. Expeça-se, com absoluta urgência, alvará judicial. Consigne-se que a cirurgia está condicionada à realização de novo exame comprobatório de anencefalia, a ser declarada por outro profissional que não o Dr. Wilson Lemos de Resende Filho (somente a título de confirmação do diagnóstico e mesmo porque a Lei 9.434/1997 – Lei de Transplantes –, no seu art. 3º, ao qual recorro por analogia, exige atestado de morte encefálica firmado por dois médicos); e que, dentro do possível, será precedida de todos os cuidados necessários ao eventual aproveitamento de órgãos cuja doação foi devidamente autorizada pelos pais. Mencione-se que deverá ser remetido ao Juízo, pelo estabelecimento de saúde, em 10 dias contados da cirurgia, breve relatório sobre as constatações médicas (especialmente sobre a nova confirmação da anencefalia), o desenrolar do procedimento e o eventual aproveitamento de órgãos do feto.**

Por fim, ousou determinar a remessa de cópia desta sentença, sob a roupagem de singela contribuição, ao Eminent Relator da ADPF nº 54, Eminent Ministro Marco Aurélio. Oficie-se.

Intimem-se. Ciência ao Ministério Público.  
Cafelândia, 9 de setembro de 2008.

**Adriano Rodrigo Ponce de Oliveira**  
Juiz de Direito

Obs.: O feto sobreviveu cinco horas depois da retirada, é evidente, assistido em unidade de terapia intensiva.



**Sentença. Condomínio. Alteração de fachada. Fechamento de terraço com vidros. Modificação do edifício reconhecida. Ineficácia do fechamento para fins de segurança. Autorização de Assembleia ineficaz por falta de *quorum* estabelecido em Convenção. Desfazimento determinado.**

51

31ª VARA CÍVEL CENTRAL  
COMARCA DE SÃO PAULO - SP

Vistos.

CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MAISON SOPHIE ajuizou ação contra RENATO ANTONIO NAHAS, proprietário de uma das unidades autônomas do prédio, pela qual pleiteou a condenação do réu a remover os vidros instalados no terraço de seu apartamento, ao fundamento de que o fechamento do terraço com vidros viola o art. 18, § 5º da Convenção do Condomínio, por configurar mudança da forma externa da unidade bem como modificação da fachada do edifício desprovida de concordância da unanimidade dos condôminos. A inicial veio acompanhada de documentos.

Inicialmente foi ajuizada ação cautelar por Renato Antonio Nahas contra o Condomínio (Processo nº 583.00.2005.117519-0, autos em apenso), pela qual o condômino requereu permissão para instalar vidros em sua sacada, ao fundamento de que houve autorização da Assembleia para tal instalação na varanda do apartamento 41, referendada em acordo homologado nos autos de ação movida pelo Condomínio contra o proprietário da unidade 41. A ação cautelar se processou sem liminar, reunidos os processos pelo Juízo ao fundamento da existência de conexão, após requerimento do condômino de extinção da ação cautelar por perda de objeto.

Citado, o réu apresentou contestação, também acompanhada de documentos, pela qual pleiteou a improcedência da demanda. Houve réplica.

Realizou-se audiência de tentativa de conciliação, infrutífera.

O processo foi saneado, com fixação do ponto controvertido, determinando-se a realização de perícia de engenharia.

O réu apresentou documentos, a respeito dos quais o autor teve oportunidade de se manifestar.

Juntado aos autos o laudo, sobrevieram manifestações das partes e pareceres de seus assistentes técnicos.

Encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais de alegações finais.

### **É o relatório.**

### **Segue a fundamentação.**

Do laudo do perito judicial, a fls. 545/841, extraem-se os seguintes elementos de convicção:

Além dos vidros, o réu instalou também rede de segurança na varanda de sua unidade (fotografias de fls. 549/551).

Os painéis de vidro, quando fechados, formam um “traço vertical”, visível (fls. 555).

As fotografias constantes de fls. 557 mostram a visão, bastante diferente, da varanda envidraçada da unidade 41, em comparação com as varandas superiores, não envidraçadas. A esse respeito cabe assinalar que o réu na contestação informa que procurou instalar os vidros em sua varanda tomando por base o modelo da unidade nº 41.

A fotografia 23 de fls. 560 mostra varandas de quatro unidades, e não se visualiza diferença entre a varanda sem rede de segurança e as demais, onde houve instalação de redes de segurança. A mesma sensação decorre das fotografias de fls. 561.

A fls. 573 a 576 constam fotografias que apresentam o efeito visual do reflexo decorrente dos painéis de vidro nas varandas.

A fls. 591 o perito assinala que o envidraçamento de varanda é apresentado como medida destinada a promover a segurança dos usuários, finalidade que no entanto é atingida com a colocação de rede de proteção ao segurança (existente aliás no apartamento do réu), e atende também ao objetivo de permitir o uso estendido ou ampliado dos ambientes em condições diversas, inclusive adversas de clima, ao protegê-lo da ação de chuvas e ventos.

A fls. 593 o perito apresenta imagem do projeto arquitetônico do edifício, para assinalar que nele não há previsão de envidraçamento dos terraços.

Ao se manifestar sobre o ponto controvertido fixado pelo Juízo, o perito judicial se posicionou no sentido de que o envidraçamento de sacada provoca alteração estética mínima, e ao responder a quesito do autor, assinala que tal alteração afeta as características originais do Edifício, o que também ocorre no caso de outras alterações: instalação de redes de segurança, feita em quase todas as unidades, película escurecedora e elementos de decoração tais como vegetação e aparelho de iluminação (fls. 595/596).

Embora o vidro seja transparente, o efeito do envidraçamento da sacada não é transparente, pois o fechamento da varanda altera a distribuição espacial dos componentes da fachada à medida que o vidro, quando fechado, promove

reflexo de imagens e assim pode ser visualizado; ainda assim, segundo o perito esta alteração não pode ser considerada significativa, como seriam a introdução de acabamentos não previstos no projeto ou com cores diferentes das especificadas, abertura de janelas adicionais, execução de paredes externas ou introdução de elementos volumosos, tais como aparelhos de ar-condicionado (fls. 597/598).

Plantas nos terraços e varandas, embora visíveis, não se caracterizam como alterações de fachada; as redes de segurança e proteção também alteram, ainda que de forma mínima, as características originais do edifício, pois a trama da rede altera a textura da visualização, e assim como os vidros utilizados no fechamento de varandas não são elementos construtivos originais; são praticamente imperceptíveis os pontos de fixação das redes enquanto o trilho do envidraçamento, embora discreto, pode ser visualizado por um observador mais atento. Efeito visual equivalente ao envidraçamento das varandas ocorre pela colocação de películas escurecedoras ou refletivas (fls. 601).

O perito judicial não constatou identidade entre o fechamento promovido pelo proprietário do apartamento 41 e o fechamento promovido pelo réu, ao que tudo indica porque as sacadas e guarda-corpos das unidades são diferentes (fls. 603).

Dentre as conclusões do perito judicial está a de que o envidraçamento das varandas visa, de forma geral, proteger o ambiente das intempéries e da poeira, permitindo o uso estendido do terraço como se fosse sala (fls. 607).

Todo o trabalho do perito judicial permite assim que o Juízo chegue às seguintes conclusões:

O envidraçamento do terraço é alteração de fachada, porque constitui modificação do edifício na sua materialidade. A colocação de plantas no terraço não pode ser considerada alteração de fachada, seja porque é utilização inerente à natureza do local, seja porque não constitui alteração da materialidade da fachada.

O pretexto de que o envidraçamento é medida de segurança não convence, porque os painéis podem ficar abertos por esquecimento ou mesmo serem abertos pelas crianças que se visa proteger.

A propósito, cabe lembrar episódio tristemente famoso, ocorrido em apartamento com envidraçamento semelhante ao objeto da presente demanda, que demonstra não ser o envidraçamento medida apta a melhorar a segurança do local:

*Falando com a polícia e os médicos, confirmei o que havia acontecido sem sequer ter que entrar no cômodo. A sala de estar principal tinha janelas que iam do chão ao teto em uma das laterais, e podiam ser abertas para limpeza. Porém, não havia grades na janela, visto que o prédio era um condomínio e fugia às leis normais de construção. Naquela manhã, o faxineiro estava limpando as janelas e as havia deixado temporariamente abertas. Conor corria pelo apartamento brincando de esconder-se com a babá e, enquanto Lori estava distraída pelo zelador ao alertá-la sobre o perigo, Conor simplesmente correu pela sala, e direto janela afora. Ele caiu 49 andares antes de se chocar contra o telhado de um prédio de quatro andares ao lado.*

*Clapton: a autobiografia / Eric Clapton; tradução Lúcia Brito. – São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007, pp. 290-291.*

Para atender à finalidade de segurança existem as redes de proteção, aliás instaladas cumulativamente pelo réu, que nunca ficam abertas nem podem ser retiradas senão de maneira deliberada ou por eventualidade excepcionalíssima.

É certo que a rigor a colocação de redes também é alteração de fachada, mas a prova pericial produzida nestes autos bem evidenciou que o efeito visual dessa alteração é mínimo, mesmo em comparação com o reflexo produzido pelo envidraçamento dos terraços. No caso das redes, justifica-se que não seja absoluta a preservação da incolumidade da fachada, seja porque a alteração é mínima, seja porque é mais relevante o bem que é protegido com a colocação das redes. Em outras palavras, a preservação da vida justifica que a fachada seja alterada em grau mínimo.

O envidraçamento é expediente que na verdade visa fazer com que o terraço possa ser usado como sala, sem os inconvenientes das intempéries e da poeira. É a satisfação de uma pretensão que está em contradição com o fato, preexistente, de que o ambiente foi construído para ser terraço e não sala. É o caso de assinalar que se o adquirente não queria terraço e sim uma sala maior poderia, e deveria, ter adquirido outro apartamento. Mas o que se vem constando é que as pessoas cada vez mais adquirem apartamentos com terraço para imediatamente transformá-los em salas estendidas, com o que cada vez mais as fachadas dos prédios com terraços vão se transformando em fachadas em que se misturam, aleatoriamente, varandas espelhadas ou não.

Embora o perito judicial tenha concluído no sentido de que o reflexo decorrente do envidraçamento dos terraços não é alteração estética significativa, os elementos de convicção constantes de seu laudo evidenciam que a alteração na visualização da fachada do prédio causada pelos reflexos produzidos pelos painéis de vidro é relevante, inclusive do ponto de vista arquitetônico, e muito mais significativa do que as consequências da colocação de redes de proteção.

O parecer do assistente técnico do autor, juntado a fls. 878/897, é ainda mais expressivo, e convincente, no sentido de que o envidraçamento aleatório dos terraços das unidades constitui alteração de fachada que provoca sensação visual estética relevante, a ponto de conflitar com o próprio estilo arquitetônico do edifício: "enquanto que o edifício segue uma linha neoclássica, o fechamento traduz um partido contemporâneo, de linhas retas e materiais modernos".

O interesse coletivo na preservação da fachada tal como determinada no momento em que todos adquirem seus apartamentos é então vulnerado, para satisfação de mera conveniência (e não para preservação de segurança) que se exerce em conflito com o estado de coisas previamente estabelecido, com a lei (art. 10, I, da Lei 4.591/64: é defeso a qualquer condômino alterar a forma externa da fachada e art. 1.336, III, do Código Civil: é dever do condômino não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas) com a Convenção condominial e mesmo com o regulamento, quando tais atos jurídicos também explicitam a vedação da alteração de fachada.

A conveniência de transformar terraço em sala não é motivo suficientemente relevante para que se derogue o respaldo legal para a preservação da incolumidade da fachada, na forma de todos conhecida e portanto aceita quando as unidades condominiais são adquiridas, porque a uniformidade da fachada atende à preservação do valor de cada unidade, o que faz com que todo o Condomínio e cada um dos condôminos seja prejudicado pela perda do valor decorrente da quebra da harmonia arquitetônica da fachada, que afinal pertencem

ce a todos, que concordaram em adquiri-la no seu estado original. Assim, não se pode negar que o Condomínio, ou mesmo condômino prejudicado, faça valer a proteção que o Direito dá a quem pretende a preservação da fachada.

A autorização dada pela Assembleia, de 2 de maio de 2005, para o fechamento das sacadas não torna lícito o envidraçamento dos terraços, porque a deliberação, ainda que unânime, foi tomada por apenas dez condôminos, que eram os presentes à Assembleia (fls. 212/215), portanto com violação do *quorum* exigido pelo art. 18, § 5º, da Convenção do Condomínio: “as obras de construção de novas dependências de uso comum e transformação das fachadas externas ou laterais (...) necessitarão também da concordância de 100% (cem por cento) dos condôminos...” (fls. 33/34). O Condomínio autor é integrado por 14 unidades autônomas (fls.13). Deliberação da Assembleia viciada por defeito de *quorum* não pode eximir o réu de cumprir a lei e a Convenção, vigentes quando tomada a iniciativa de fechamento da varanda, mormente no caso dos autos, em que o condômino chegou a ser notificado de que não havia respaldo para sua intenção de envidraçar a varanda (fls. 88/91 da cautelar em apenso).

ISTO POSTO, julgo improcedente a ação cautelar e procedente a ação, para condenar Renato Antonio Nahas a, no prazo de trinta dias, desfazer o envidraçamento do terraço de sua unidade condominial (apartamento 101), sob pena de multa diária de mil reais. Condene o referido condômino ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados por equidade em R\$ 2.500,00, em face do pequeno valor da causa.

P.R.Int.

São Paulo, 31 de agosto de 2009.

**Luis Fernando Cirillo**  
Juiz de Direito



**Acórdão. Declaratória. Pessoa jurídica que transfere cotas sociais. Novos sócios que realizam negócios e não quitam as obrigações. Devolução da pessoa jurídica aos antigos sócios. Negócios celebrados pelos sócios inadimplentes que devem ser cumpridos pela pessoa jurídica. Eventuais prejuízos devem ser ressarcidos na via própria. Terceiros de boa-fé não devem ser prejudicados pois se cuida de *res inter alios*. Recurso improvido.**

3ª VARA CÍVEL DE SALTO  
COMARCA DE SALTO - SP

Apelante: Paineiras Auto Posto de Salto Ltda.

Apelado: Bomm Petro Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

**ACORDAM**, em Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 375/378, que julgou improcedentes as ações declaratória de nulidade de títulos de crédito cc. suspensão de ato constitutivo de pessoa jurídica e cautelar de sustação de protesto intentadas

por **PAINÉIRAS AUTO POSTO DE SALTO LTDA.** contra **BOMM PETRO DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Apela a autora arguindo conexão, cerceamento de defesa por não ouvir testemunhas e pela ausência da audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil, que a apelante foi vítima de um golpe, que não há prova de recebimento da mercadoria, impondo a reforma da sentença, haja vista o crime realizado pelos estelionatários.

O recurso foi contrariado e subiram os autos.

*E o relatório.*

Não há o cerceamento de defesa alegado.

A questão suscitada nos autos está bem demonstrada pela documentação apresentada, sendo de nenhuma valia a oitiva de testemunhas para o caso concreto.

Também a conexão não se mostra como questão prejudicial ao julgamento da lide, valendo lembrar que a conexão é regra de julgamento, diante da conveniência de se reunir ou não processos para uma única decisão, evitando desta forma decisões conflitantes.

Todavia, no caso presente não demonstrou a apelante a possibilidade desse prejuízo, nem a conveniência para o julgamento, razão porque também se afasta a arguição de conexão.

Ainda sem relevância alguma a alegação de nulidade por ausência de audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil.

Com efeito, as partes querendo podem transigir a qualquer momento do processo, de sorte que a realização ou não da audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil não causa prejuízo algum aos interessados em realizar transação, bem por isso anota o insigne Theotonio Negrão a respeito desse dispositivo do Código de Processo Civil, que a não realização desta audiência não causa nulidade processual.

Examinadas essas questões preliminares, que ficam afastadas, no mérito também não assiste razão à apelante.

Como constou da r. decisão monocrática:

**“De fato, a desconsideração da personalidade jurídica deve ocorrer sempre em benefício de credores da empresa, prejudicados por fraudes ou má administração. Este é o sentido e fundamento de toda a doutrina e jurisprudência acerca do instituto.**

**No caso dos autos, a ré é terceira de boa-fé, que transacionou com empresa legalmente constituída e não pode arcar com o insucesso do negócio jurídico que os sócios originários realizaram com terceiros. Admitir a desconsideração da personalidade jurídica significa premiar os sócios acusados de fraude, em prejuízo da ré, a qual agiu na mais estrita observância da boa-fé”.**

O fato é um só: a autora deve buscar o ressarcimento de eventuais prejuízos contra aqueles que o causaram, ou seja, os sócios responsáveis pela má administração (Decreto nº 3.708/19, artigo 11).

Não há o que acrescer à sábia conclusão da Incuta Julgadora Monocrática.

Os sócios da pessoa jurídica transferiram suas cotas sociais a pessoas que criaram dívidas para a pessoa jurídica e não honraram essas dívidas. O insucesso deste negócio é ato que pertine tão somente aos contratantes, constituem sim *res inter alios* de sorte que não pode atingir terceiro de boa-fé.

A ré celebrou negócio de fornecimento de combustíveis para a pessoa jurídica da autora que na época era constituída pelos sócios afastados. O prejuízo não pode ser suportado pela ré, terceira de boa-fé, devendo portanto a sentença prevalecer em todos os seus termos. A pessoa jurídica da autora e mesmo os seus sócios prejudicados por aqueles que agiram de má-fé ou quiçá de forma criminosa, devem ser ressarcidos na via própria, porém, a terceira contratante, no caso a ré, não pode sofrer as consequências deste negócio, por isso, a ação só poderia ser julgada improcedente tal como foi.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a bem lançada sentença da Dra. Renata Cristina Rosa da Costa Silva.

Presidiu o julgamento o Desembargador Antônio Marson e dele participaram os Desembargadores Maurício Ferreira Leite (Revisor) e Mário de Oliveira (3º Desembargador).



**Acórdão. Ação de indenização por danos materiais e morais. Apresentação antecipada de cheque pós-datado. Ausência de prova de desconto efetivo no preço das mercadorias, em caso de pagamento à vista. Danos materiais afastados. Existência, contudo, de danos morais indenizáveis. Caráter sancionatório e punitivo da conduta do apresentante. Irrelevância de o cheque ter sido compensado quando da apresentação, em razão de saldo suficiente na conta do cliente. Questão que somente influencia na fixação do *quantum* devido. Recurso parcialmente provido.**

61

COMARCA DE SÃO PAULO - SP

Apelante: Pompeo Gallinella  
Apelado: Alvino Malandrino & Cia Ltda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação,

**ACORDAM**, em 20ª Câmara "E" de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, **dar parcial provimento ao recurso**.

*Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 10, nº 32, p. 61-64, maio-agosto/2009*

Trata-se de apelação interposta pelo autor contra a respeitável sentença de fls. 93/95, a qual julgou improcedente o pedido indenizatório. Alega nas razões recursais que há inequívocos danos materiais e morais indenizáveis, decorrentes da apresentação antecipada do cheque pós-datado.

O recurso é tempestivo e foi respondido.

### É o relatório.

A apelação comporta parcial provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada sob o fundamento de apresentação e compensação antecipada de cheque pós-datado.

Com efeito, o orçamento **vinculante** de fls. 18 era realmente no sentido de que a importância poderia ser paga em 28 dias. As mercadorias foram entregues em 3 de março de 2004 (conforme nota fiscal de fls. 19), de modo que o cheque deveria ser depositado pelo fornecedor apenas no dia 31 de março de 2004. Outrossim, o título foi expressamente pós-datado, conforme se verifica da cópia de fls. 20. No entanto, ele foi depositado antecipadamente pelo apelado (em 4 de março de 2004) e acabou sendo igualmente compensado, na medida em que o apelante possuía saldo suficiente em conta (v. extrato de fls. 21).

A questão é saber se tal inadimplemento contratual do apelado é capaz de gerar danos materiais e morais indenizáveis, em favor do apelante.

Inexiste qualquer prova ou indício nos autos de que haveria abatimento no preço das mercadorias em caso de pagamento à vista. Fica afastada a indenização por danos materiais.

No entanto, fica acolhido o pedido indenizatório em relação aos pretendidos danos morais, em especial diante de seu caráter sancionatório e punitivo da conduta do apelado.

Com efeito, a apresentação antecipada do título pelo fornecedor somente deixou de ocasionar consequências mais drásticas ao cliente porque este, ocasionalmente, possuía saldo disponível na conta; não fosse isso, teria sido o cheque certamente devolvido e o nome do emitente incluído nos cadastros de devedores (CCF – Cadastro de Cheques sem Fundos).

A conduta ilícita do apelado tem-se por configurada com a apresentação antecipada do título e consequente inobservância do prazo de 28 dias constante da proposta vinculante apresentada ao consumidor (fls. 18), exaurindo-se aí o comportamento ilícito do agente; referida conduta é suficiente para a configuração do dever de indenizar, na medida em que o resultado possível, qual seja, a devolução de cheque apresentado antecipadamente, somente não foi consumada porque o consumidor possuía saldo suficiente em conta.

Não se mostra plausível afastar a responsabilidade civil no caso ora em apreço, sob o argumento único de que não houve a devolução do título ou a inclusão do nome do emitente nos cadastros de devedores, pois tais somente não se concretizaram porque o apelante possuía ocasionalmente saldo em conta mesmo antes do prazo estipulado entre as partes, restando neste passo configurado o agravo moral, representado pelos transtornos naturalmente advindos do evento.

A conduta do apelado não pode deixar de ser punida pelo ordenamento jurídico. Até mesmo porque já se ultrapassou o momento histórico em que ao consumidor, ou, de forma mais ampla, às pessoas em geral, seja dispensado tratamento mais digno nas relações da vida cotidiana. Pelo menos isso é o que

se espera de um país que prega a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de Constituição do próprio Estado (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

No sentido de que o prazo estipulado entre as partes para a apresentação do cheque deve ser observado e não o desnatura como título de crédito, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

***“Cheque ‘pré-datado’. Apresentação antecipada. Responsabilidade civil. Precedentes da Corte.***

*1. Como já decidiu a Corte, a “prática comercial de emissão de cheque com data futura de apresentação, popularmente conhecido como cheque “pré-datado”, não desnatura a sua qualidade cambiariforme, representando garantia de dívida com a consequência de ampliar o prazo de apresentação”. A empresa que não cumpre o ajustado deve responder pelos danos causados ao emitente.*

*2. Recurso especial não conhecido. (STJ, RESP nº 237.376/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 25/05/2000).*

Ante tais considerações, conclui-se que a dor moral do apelante encontra-se suficientemente comprovada nos autos. Em casos análogos o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente o seguinte: “Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (RESP nº 86.271/sp, 3ª T., relator Min. CARLOS ALBERTO MENEZES, julg. 9/12/97).

O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial/pessoal das partes, suas atividades, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida, notadamente, à situação econômica atual e às peculiaridades do caso concreto. Recomenda a prudência que o Juiz considere o padrão econômico da vítima, objetivando não permitir que seja o evento causa de enriquecimento do ofendido (RSTJ 112/216), além de outros aspectos de igual importância, como a necessidade de justa compensação do lesado (JTJ-Lex 236/167) e a capacidade econômica do ofensor (RSTJ 121/409).

O que importa, em última análise, é a observância da dúplici finalidade da sanção pecuniária por ofensa moral, ou seja, que a indenização ao mesmo tempo compense a vítima pelos efeitos do ato danoso e constitua adequada resposta da ordem jurídica ao autor da ofensa (RT 742/320 e Bol. AASP 2.089/174).

Considerando os elementos e considerações acima discriminadas, estipula-se a indenização devida em R\$ 1.660,00, valor correspondente a 4 salários-mínimos atuais. Como ressalvado, o Magistrado, para a avaliação do dano moral, deve ser, a um só tempo, razoável e severo, a fim de atender à finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado, assim como desestimular a reincidência. A importância ora estipulada, como enfatizado, não servirá para apagar o disabor do autor, mas para aplacar o prejuízo de ordem moral (constrangimento – aborrecimento – desconforto), que lhe foi imposto pelo agir irresponsável do réu, assim como para inibir que fatos semelhantes venham a se repetir.

Neste diapasão, valor inferior certamente em nada puniria a conduta lesiva, sempre com vistas à denominada "Teoria do Desestímulo". Assim: "**INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. CRITÉRIO. JUÍZO PRUDENCIAL. A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leva em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa**" (Apelação Cível nº 198.945, 2ª Câmara do E. TJSP, rel. Des. César Peluzo, j. 21.12.93, JTJ 156/96).

Feitas todas estas considerações e parâmetros, tenho como justa entre as partes a fixação do dano moral do apelante em R\$ 1.660,00, valor este correspondente a 4 vezes o atual salário-mínimo (R\$ 415,00), corrigido a partir da data do presente acórdão pela tabela de débitos judiciais (TJ/SP) e com juros legais de 1% ao mês, a partir da citação, na forma do artigo 406 do Novo Código Civil c/c artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

Ante a reciprocidade da sucumbência e na forma do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, bem como honorários dos respectivos patronos.

**Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto.**

Presidiu o julgamento, sem voto, o Desembargador **Dimas Carneiro** e dele participaram os Juízes **Cláudio Augusto Pedrassi** e **Carlos Vieira Von Adamek**.

São Paulo, 16 de dezembro de 2008.

**Rodrigo Marzola Colombini**  
Relator



# **II**

# **Estudos**





## Do porte de arma de defesa por membros do Ministério Público e do Poder Judiciário e o Decreto nº 6.715, de 29 de dezembro de 2008

José Damião Pinheiro Machado Cogan<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

67

Problema já surgido diz respeito às armas de defesa que podem ser portadas por membros do Poder Judiciário (Juizes Substitutos, Juizes de Direito, Juizes Federais, Desembargadores Estaduais e Federais e Ministros do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e membros do Ministério Público (Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República), em face da edição da Lei nº 10.826/2003, que regulamenta o registro e porte de armas de fogo, bem como define as figuras dos crimes.

Inicialmente é de se observar que os membros do Poder Judiciário têm na Lei Complementar à Constituição Federal nº 35, de 14 de abril de 1979, regulamentação expressa no art. 33, dentro do capítulo II, "*Das Prerrogativas do Magistrado*", que estabelece que são direitos:

*"V - portar arma de defesa pessoal".*

**Armas de defesa pessoal são aquelas armas curtas, de repetição ou semi-automáticas, de porte individual, com alcance limitado, cujo uso primordial é o de repelir uma agressão.**

As armas curtas, ensina ERALDO RABELLO, "*de relativamente pequenas dimensões, são armas compactas, com peso dificilmente superior a um quilograma, normalmente manejáveis com uma só mão e facilmente transportáveis*

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Decano da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Coordenador da área de Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura.

no bolso ou em um coldre de couro ou lona, à cintura: são apropriadas para o tiro a distâncias comparativamente reduzidas, e a sua coronha tende a se aproximar de uma perpendicular ao eixo do cano, formando com este ângulos sensivelmente inferiores a 150 graus; quanto ao cano, apenas excepcionalmente apresentará comprimento superior a vinte centímetros" (Balística Forense, Vol. I, Ed. Sulina, R.G. do Sul, 1967, pág. 53).

Assim, como se vê, **armas de defesa pessoal são revólveres, pistolas semiautomáticas e garruchas, quer sejam de calibres permitidos ou restritos.** "Destinam-se a ter um uso pessoal: **a proteção muito de perto (alguns metros no máximo),** competições em que o atirador mede a sua destreza face a outros indivíduos numa luta mortal ou desportiva, **mas sempre homem a homem.** São a antítese da arma atômica que elimina de forma anônima centenas de milhares de pessoas sem prevenir e sem defesa" (As Armas em 1000 Fotografias, Éric Bondoux e Jean-Jacques Pietraru, Ed. Livros e Livros, tradução de Andréa Lebel, Espanha, 1997, pág. 54).

Assim não são armas de defesa as espingardas, fuzis, carabinas (armas longas), que não se destinam à rápida defesa pessoal e tiro próximo, bem como as metralhadoras e fuzis automáticos de alta cadência de tiro, com excepcional capacidade de munição em seus pentes carregadores, cujo objetivo é muito mais ofensivo do que defensivo.

Aliás as armas longas não têm previsão de porte como armas de defesa e são usadas, em tempo de paz, para a caça, o tiro esportivo (silhueta metálica, por exemplo) ou específico emprego na atividade policial onde, muitas vezes, o tiro de precisão de arma que dispara projéteis de alta energia cinética se faz necessário para o resgate de reféns ou contenção de marginais perigosos.

No mesmo sentido estabelece a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que são prerrogativas ministeriais:

"Art. 42. Os membros do Ministério Público terão carteira funcional, expedida na forma da Lei Orgânica, valendo em **todo o território nacional como cédula de identidade, e porte de arma, independentemente, neste caso, de qualquer ato formal de licença ou autorização**".

Estabelece, por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei nº 734, de 26 de novembro de 1993:

"Art. 223. Os membros do Ministério Público, **na ativa ou aposentados,** terão carteira funcional que valerá em todo o território nacional como cédula de identidade e **porte permanente de arma, independente de qualquer ato formal de licença ou autorização**".

Anote-se que, no caso dos Magistrados, trata-se de Lei Complementar à Constituição Federal e no caso da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo trata-se, também, de Lei Complementar à Constituição, no caso, Estadual.

Também a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar à Constituição Federal nº 75/1993, estabelece:

"Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

I – institucionais:

e – o porte de arma, independentemente de autorização".

Em face do princípio da hierarquia das normas, já ensinado de há muito por **Kelsen**, em sua pirâmide, inicialmente se encontram no topo as **normas constitucionais**, seguidas das Convenções e Tratados aos quais o país aderiu, seguidas das **normas complementares à Constituição**, vindo logo após as **leis ordinárias** e, ao depois, as normas menos relevantes (portarias, provimentos, regulamentos, etc.).

As normas superiores não podem ser revogadas ou derogadas pelas inferiores, como é o caso das normas complementares à Constituição, que não podem ser revogadas pelas leis ordinárias, por serem superiores a estas.

Assim, a Lei nº 10.826/2003, que é lei ordinária, não pode de per si revogar as leis que concederam porte de arma como prerrogativa funcional aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

Nem o argumento de que se trata de lei específica mais recente, que regulamentou amplamente a matéria, colhe.

Já a anterior Lei nº 9.437/97 havia recepcionado o porte de arma de defesa por Magistrados e Membros do Ministério Público.

A Lei nº 10.826/2003 menciona:

**“Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:**

*I – os integrantes das Forças Armadas;*

*II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal.*

*III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;*

*IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;*

*V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;*

*VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XII, da Constituição Federal;*

*VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;*

*VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;*

*IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental;*

*X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário.”*

Quando o caput do art. 6º menciona “salvo para os casos previstos em legislação própria” está a citar especificamente Magistrados e Membros do Ministério Público que, em **lei complementar à Constituição Federal**, têm autorização de porte de arma de defesa.

Isso quer dizer que a Lei nº 10.826/2003, malfadada alcunhada de “Estatuto do Desarmamento”, recepcionou as Lei Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público quanto ao porte de arma de defesa pessoal.

Nem poderia ser diferente, já que lei inferior na hierarquia das leis.

Em recente trabalho, publicado em 9 de janeiro de 2009, no site da Associação Paulista do Ministério Público, o ilustre Promotor de Justiça César Dario Mariano da Silva menciona:

“Com isso, há abalizados entendimentos no sentido de que como as Lei Orgânicas do Ministério Público e da Magistratura não limitaram ou condicionaram o

porte de arma de fogo para seus membros, ele é irrestrito, podendo os Promotores e Procuradores de Justiça, bem como os Procuradores da República e Magistrados, **portar qualquer espécie de arma de fogo, seja de uso permitido ou restrito**".

"Não nos parece que esse seja o melhor entendimento".

...

"Já no que é pertinente aos Membros do Ministério Público e da Magistratura, não há qualquer exceção. Para poderem adquirir e registrar arma de fogo deverão preencher os requisitos de que trata o art. 4º, incisos I e III, além de possuírem mais de vinte e cinco anos de idade (art. 28 do Estatuto). De acordo com o Estatuto do Desarmamento, poderão adquirir e registrar arma de fogo de uso permitido e de uso restrito, nesse último caso mediante autorização do Comando do Exército (art. 27)".

O ilustre professor Damásio de Jesus, em sua obra anterior sobre o tema *Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados* (4) e na atual, *Direito Penal do Desarmamento* (5), cita entendimento do Promotor de Justiça William Terra de Oliveira, publicado no *Boletim do IBCCrim*, de que o porte de arma de defesa por Magistrados e por membros do Ministério Público só abrangeria armas de calibre de uso permitido.

Cumpra aqui fazer algumas observações.

Foi no governo de Getúlio Vargas, quando este se tornou ditador, que alguns calibres de armas de fogo, notadamente reconhecidos como eficientes para defesa própria, foram proibidos.

A velha história se repete: todo governo totalitário, quer de direita, quer de esquerda, procura restringir a posse e porte de armas de fogo, com medo, por certo, de ser destronado pelo uso de força, muitas vezes legítima, em poder dos dominados.

Isso já remonta à antiguidade e no domínio da ilha de Okinawa por chineses, quando se proibiu a posse de qualquer arma, que no caso de desobediência era punida com a morte pelos senhores momentâneos da situação.

Ousamos discordar do culto Dr. Cesar Dario.

Aqueles que têm **porte de arma funcional**, como os Magistrados e membros do Ministério Público, não estão sujeitos a todos os requisitos do "Estatuto do Desarmamento", mormente no requisito de idade para poder adquirir e portar arma de fogo de defesa.

Seria no mínimo ridículo um policial, que necessariamente deve andar armado em serviço, tendo ingressado na carreira, feito a habilitação para portar uma pistola .40 SW e não poder adquirir e portar uma arma particular fora de serviço, em razão de não contar 25 anos de idade.

Imagine-se um Promotor de Justiça ou um Juiz de Direito que tenham passado pelos difíceis crivos de ingresso por concurso nessas carreiras e, eventualmente por não contar 25 anos de idade, a despeito dos 3 anos de prática forense hoje exigidos, e que não possa adquirir uma arma de fogo para sua segurança após ter processado membros do crime organizado que juraram vingança!!!

Anote-se que o artigo 28 da Lei 10.826/2003 excetua a necessidade de 25 anos para militares das Forças Armadas, policiais federais, policiais rodoviários federais, policiais civis, policiais militares e bombeiros militares.

Ora, estando os Magistrados e membros do Ministério Público com deferência de porte funcional de arma de defesa por Lei Complementar à Constituição Federal, com previsão no artigo 6º, *caput*, da Lei 10.826/2003, é claro que o limite mínimo de idade a eles não se aplica.

Ora, a exegese lógica é que o critério de idade só vige para a aquisição de arma de fogo e seu **porte comum**, aquele concedido pela autoridade policial, hoje federal, ao cidadão que não exerça cargo de autoridade em que lhe é deferida a aquisição e porte de arma de defesa em razão da função, que gera riscos pessoais, e não por deferência da Polícia Federal.

Na própria Pirâmide de Kelsen, na hierarquia das leis, se vê que Magistrados e membros do Ministério Público não estão condicionados a exclusiva autorização da Polícia Federal para aquisição de armas.

Basta pensar-se na hipótese de que o Magistrado ou Promotor de Justiça esteja no exercício da função.

Sem nada recomendar a vedação da compra e porte de arma, exemplo: alienação mental e afastamento para tratar-se, que, dada a autorização pelo Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral da República ou Presidente do Tribunal a que está subordinado, vincula a Polícia Federal na autorização de compra da arma, sendo que esta não poderá vetar a compra de arma e munição.

Caso óbices sejam criados pela autoridade policial que formaliza e registra a arma, um mandado de segurança resolve a questão, como já ocorreu em São Paulo no Mandado de Segurança 2006.61.81.007482-8, impetrado pela Associação dos Juizes Federais do Estado de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, onde a Associação Paulista de Magistrados recebeu a extensão dos efeitos da segurança concedida pelo Juízo da 26ª Vara Cível Federal da Justiça Federal da 3ª Região.

O Ministério da Defesa deferiu ao Exército Brasileiro o controle maior sobre produtos químicos perigosos ou de uso controlado, explosivos, armas e munições, dando-lhe especificamente o controle nas vendas internas, exportações e importações, desde o antigo Decreto nº 55.649/65, que regulamentou as armas de uso permitido ou "proibido". Esse Decreto veio substituir o antigo Decreto Estadual de São Paulo nº 6.911/1935, por ele derogado e oriundo da época em que matéria processual e outras administrativas poderiam ser reguladas em nível estadual, o que de há muito é vedado pela Constituição Federal. Esse decreto é conhecido no Exército, até hoje, com as subseqüentes reedições como "R-105".

O "R-105" foi atualizado em 1999, transformando-se no Decreto nº 2.998, de 23 de março de 1999.

Logo a seguir, sofreu no ano seguinte outra atualização, onde incluiu como produtos controlados os coletes balísticos e os veículos blindados, devendo o Exército fornecer autorização de blindagem e manter registro próprio desses veículos para controle, resultando no Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, até hoje em vigor.

O Exército Brasileiro, após reivindicação da APAMAGIS, APMP e Associação dos Procuradores da Justiça Militar, atendeu à solicitação, da qual fui um dos redatores do requerimento original, autorizando que Magistrados e membros do Ministério Público pudessem "adquirir para uso próprio arma de uso restrito". O calibre autorizado foi o da pistola .40 SW, que é o mais moderno no mercado, conhecido nas revistas especializadas como "hot 40" e que foi desenvolvido a pedido do Federal Bureau of Investigations, dos Estados Unidos da América, para substituir o calibre 9 mm, muito perfurante, sem *stopping power* e de emprego militar onde o visado é a incapacitação dos militares inimigos e não sua morte, posto que assim o desgaste com o ferido causa mais dano e gastos ao inimigo que sua morte.

Estabeleceu o Comando do Exército a autorização para aquisição de arma de uso restrito para Magistrados e membros do Ministério Público:

*“PORTARIA Nº 535, DE 1º DE OUTUBRO DE 2002-10-17*

*Autoriza os membros do Ministério Público, da União e dos estados, e os membros da Magistratura a adquirirem na indústria nacional, para uso próprio, arma de uso restrito.*

*O COMANDANTE DO EXÉRCITO, no uso da competência que lhe é conferida pelo inciso VII, art. 32, da Estrutura Regimental do Ministério da Defesa, aprovada pelo Decreto nº 3.466, de 17 de maio de 2000, considerando o disposto no art. 16 da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, combinado com o art. 19 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, de acordo, ainda, com o estabelecido nos arts. 189 e 190 do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, e conforme proposta do Departamento Logístico, ouvidos o Supremo Tribunal Federal, o Ministério da Justiça e o Estado-Maior do Exército, resolve:*

*Art. 1º Autorizar os membros do Ministério Público, da União e dos estados, e os membros da Magistratura a adquirirem na indústria nacional, para uso próprio, pistola calibre 40.*

*Art. 2º Determinar ao Departamento Logístico que baixe normas regulando a venda pela indústria, a aquisição, o registro e o cadastro no Sistema Nacional de Armas (SINARM) das armas adquiridas conforme o artigo 1º desta Portaria e, ainda, a aquisição da correspondente munição.*

*Art. 3º Estabelecer que esta Portaria entre em vigor na data de sua publicação.*

*GLEUBER VIEIRA”*

72

O calibre .40 Smith and Wesson resultou de uma redução de um calibre extremamente potente, o 10 mm, transformando-se no 10 mm Curto, um calibre veloz, mas que com o emprego de munição *hollow point* no projétil (ponta deformável), revelou-se um calibre eficiente para uso policial, pois gera bastante energia, permitindo o discutível *stopping power* (poder de parar o ataque inimigo) sem transfixar o corpo do agente atingido, não sendo muitas vezes letal, como deve ser uma munição para emprego policial.

Com o devido respeito, o essencial hoje, para cada cidadão que tenha arma, bem como para Magistrados e membros do Ministério Público, é a existência de **registro de arma**, que é o documento que demonstra seu cadastramento no SINARM – para as armas de uso permitido –, ou no SIGMA (Sistema de Gerenciamento Militar de Armas), onde estão cadastradas as armas de militares federais, colecionadores, atiradores, caçadores e dos Magistrados e membros do Ministério Público que sejam de calibres restritos.

O fato de trazer normas para o registro de armas de Magistrados e membros do Ministério Público na Lei 10.826/2003, especificamente no seu Regulamento – Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004, não pode causar surpresa, já que os órgãos que controlam vendas de armas de calibres permitidos (Polícia Federal) ou restrito (Exército Brasileiro) necessitam de normas expressas para uma orientação única.

Assim, parece-nos que não se encontra o respeitado César Dario com razão no entendimento de que Magistrados e membros do Ministério Público não poderiam portar qualquer arma de uso restrito, já que o registro menciona apenas uma arma expressa.

A existência de um registro para cada arma já remontava ao Decreto Estadual de São Paulo nº 6.911/35.

E desde aquela época sempre foi assim.

No Comunicado nº 80/2004, após a entrada em vigor da Lei nº 10.826/2003, assim se pronunciou o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“O Conselho Superior da Magistratura, em sessão realizada em 15 de abril de 2004, em atenção à consulta do Desembargador Flávio Cesar de Toledo Pinheiro, aprovou parecer do Desembargador Mohamed Amaro e pareceres dos MM. Juízes Assessores da Presidência e Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça, confirmando a vigência do art. 33, V, da Lei Complementar nº 35/79 e **fixado, assim, o entendimento no sentido de ser inexigível dos Magistrados autorização de órgão policial para porte de arma de defesa pessoal, ressalvado o indispensável registro**”.

Basta se atentar para que o Magistrado ou o membro do Ministério Público seja atirador ou colecionador de armas, registrado na Divisão de Fiscalização de Produtos Controlados do Exército Brasileiro, que poderá ter registrado várias armas de calibre restrito.

Se portar outra arma curta de defesa de calibre restrito, devidamente registrada, tendo, pois, porte funcional, por certo que não poderá ser processado por porte ilegal de arma.

A Portaria do Comando do Exército nº 535/2002, elaborada “conforme proposta do Departamento Logístico, ouvidos o Supremo Tribunal Federal, o Ministério da Justiça e o Estado-Maior do Exército” autorizou “os membros do Ministério Público, da União e dos Estados, e os membros da Magistratura a adquirirem na indústria nacional, para uso próprio, arma de uso restrito”.

Tal se passou num período em que ocorreram vários atentados a Magistrados e Membros do Ministério Público, e o crime organizado passou a tomar vulto, criando rebeliões em quase todos os presídios do Estado de São Paulo, oportunidade em que várias listas com nomes de Juízes e Promotores que deveriam morrer foram localizadas.

Logo depois o Primeiro Comando da Capital, organização criminosa paulista, executou, por duas vezes, grande série de atentados, inclusive contra civis, trazendo o terror à população paulista, que ficou à mercê do crime organizado, o que foi objeto de inúmeras reportagens jornalísticas, inclusive no exterior, que demonstravam o poderio de criminosos condenados que, dentro de presídios, comandavam homicídios sumários nas ruas de São Paulo e outras cidades.

Nada mais lógico que os militares do Exército Brasileiro se tenham sensibilizado com a situação e autorizado a aquisição, por Magistrados, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República, de armas de uso restrito, pois todos eles são homens imbuídos no cumprimento das leis e na manutenção da Lei e da Ordem.

Pretender criar questiúnculas para dizer que, tendo armas de defesa de outros calibres, muitas menos potentes e atuais como as pistolas .40 SW, em poder de Magistrados e membros do Ministério Público que as portam, para defesa, devidamente registradas, caracterizaria porte ilegal, parece um exagero e falta de bom-senso, posto que, acima de tudo, tais autoridades gozam de porte funcional de armas de defesa.

Convém, aqui, inclusive, abordar a teoria do *back up*, ou suporte, muito difundida entre policiais brasileiros, americanos e europeus, sendo uma unanimidade.

A teoria do *back up* consiste em portar junto com a arma principal uma arma, em regra menor e facilmente ocultável, que tem a finalidade de permitir

apoio no caso de algum incidente ou se eventualmente acabar a munição da arma principal, para que o agente não fique em situação de inferioridade se grande for o número de meliantes a promover o ataque.

A lei não limita o porte funcional a uma arma. Exige apenas o registro de ambas, quer para policiais, Magistrados ou membros do Ministério Público.

Não há, pois, no caso de porte de duas armas registradas, falar-se em porte ilegal de arma, havendo porte funcional.

Tal situação não atinge, obviamente, aqueles que têm porte deferido por autoridade policial, que não podem se valer de arma de apoio ou suporte.

Não pode sequer o Procurador-Geral de Justiça ou Presidente do Tribunal negar autorização a Promotor ou Procurador de Justiça, para aquisição da arma de uso restrito na aposentadoria.

A Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo e a Lei dos Ministérios Públicos dos Estados (Lei 8.625/93) falam que "os membros do Ministério Público, na **ativa ou aposentados**", terão direito "a porte permanente de arma, independente de qualquer ato formal de licença ou autorização" (art. 223 da Lei Complementar Estadual nº 734/1993).

Tal situação se estende aos Magistrados, onde o art. 126 do Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969, menciona que "o Desembargador aposentado conservará o título e as honras inerentes ao cargo".

Ademais, em face do princípio da equidade se aplica aos Magistrados de primeiro grau.

É evidente que a simples aposentadoria não afasta rancores antigos, intuitos de vingança, ainda que tardia, por marginais condenados durante a vida funcional ativa ou partes descontentes, razão da manutenção do porte de arma na inatividade.

Merece reflexão o Decreto nº 6.715, de 29 de dezembro de 2008, editado no apagar das luzes do ano findo.

Esse decreto veio alterar o Decreto nº 5.123/2004, que regulamenta a Lei 10.826/2003.

O artigo 26 menciona:

"art. 26. O titular de porte de arma de fogo para defesa pessoal concedido nos termos do art. 10 da Lei nº 10.826, de 2003, não poderá conduzi-la ostensivamente ou com ela adentrar ou permanecer em locais públicos, tais como igrejas, escolas, estádios desportivos, clubes, **agências bancárias** (inovação) ou outros locais onde haja aglomeração de pessoas em virtude de eventos de qualquer natureza".

Essa proibição se dirige diretamente àqueles que obtiveram autorização de porte de arma de defesa da autoridade policial (veja-se a menção ao art. 10 da Lei 10.826/2003). Não é dirigida às autoridades públicas que devem portá-las dentro do bom-senso, mas sem a característica de cogência do dispositivo que a elas não se dirige diretamente.

Basta atentar-se para o artigo 34 da Lei 10.826/2003 que excetua o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, ou seja, porte de arma para "proteção aos locais de culto e suas liturgias".

Chama a atenção, todavia, o artigo 34 do Decreto nº 6.715, de 29 de dezembro de 2008, que acresceu:

**"§ 3º Os órgãos e instituições que tenham os portes de arma de seus agentes públicos ou políticos estabelecidos em lei própria, na forma do caput do art. 6º da Lei 10.826, de 2003, deverão encaminhar à Polícia Federal a relação dos autorizados a portar arma de fogo, observando-se, no que couber, o disposto no artigo 26".**

Nos casos de o agente público estar em serviço ou sua especial situação de segurança pessoal o exigir, é claro que não pode a proibição ser interpretada como absoluta, já que o decreto menciona aplicação “**no que couber**” do artigo 26. Basta lembrar se algum policial ameaçado de morte pelo crime organizado para se afastar a figura romântica de que pode sair de casa desarmado para simplesmente ir a um banco ou casa noturna. O mesmo se dá com Magistrados e membros do Ministério Público. O correto é que esses estabelecimentos tenham locais seguros para que a arma possa lá ser mantida enquanto seu portador permaneça na casa, posto que local não recomendado por qualquer conhecedor de segurança pública é deixar-se a arma em veículo.

Por isso entendemos que para aqueles que têm porte funcional o bom-senso deve prevalecer e a análise de cada situação deve ser feita com cautela, já que a cogência da proibição àqueles que têm porte funcional não é absoluta.

Tal artigo, incluído na calada da noite da mudança do ano pelo Ministro da Justiça e sancionado pelo Presidente da República em férias, visa claramente colocar uma medida ilegal ao Poder Judiciário e Ministério Público, **exigindo**, determinando, que tais instituições apresentem relação de Magistrados e Membros do Ministério Público que têm autorização de porte de arma de defesa.

Isso se reveste de flagrante ilegalidade, posto que **todos** os Magistrados e Membros do Ministério Público gozam do direito de portar arma de defesa. Somente aqueles que cometeram algum crime grave ou apresentam incapacidade mental superveniente ao ingresso na carreira é que podem ter, pelo Presidente do Tribunal a que estão afetos, ou pelo Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, se membros do Ministério Público Estadual ou Federal, cassada excepcionalmente a autorização de porte funcional de arma de defesa.

Não tem a Polícia Federal essa atribuição, que não está regulada na Lei nº 10.826/2003, e o Decreto nº 6.715/2008 não pode ir além do disposto na lei, criando obrigações nela não previstas.

Essa determinação é absurda, de nada vale porque a Polícia Federal conta com efetivo diminuto de 13.000 homens para o País inteiro e o conhecimento de alguma exceção à regra nada mudaria.

Essa determinação não deve ser atendida, é acintosa e desrespeitosa com o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Esqueceram que quem exerce, pela Constituição Federal de 1988, o “Controle Externo da Atividade Policial” é o Ministério Público e quem julga suas pretensões é o Poder Judiciário.

Poder de Estado, como o Judiciário, não deve contas à Polícia Federal, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, que tem como função precípua exercer as atribuições de polícia judiciária e de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 144, § 1º, incisos I e IV, da Constituição Federal de 1988).

Anota o Professor José Frederico Marques que “a polícia judiciária tem esse nome porque prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo através da ação penal. **Além disso a polícia judiciária funciona como órgão auxiliar do Juízo e do Ministério Público.** Todavia, como já ressaltamos suas funções têm caráter nitidamente administrativo “ (6).

Em São Paulo, inclusive, pelo Regimento das Correições de 1930, o Poder Judiciário investiga crimes praticados por policiais.

Está faltando noção de hierarquia.

Aproveitou-se a calada da noite para tentar, uma vez mais, submeter o Poder Judiciário e o Ministério Público aos desígnios do Poder Executivo, de forma a causar humilhação.

É função da Polícia Federal, que absurdamente assimilou função anteriormente à Lei 10.826/2003 exercida com bastante competência pelas Polícias Cíveis – órgãos policiais mais próximos dos cidadãos, já que existem em toda cidade brasileira –, consistente em conceder porte comum de armas de fogo. Hoje só a Polícia Federal é que passou a concedê-los, numa verdadeira *capitis diminutio* às Polícias Cíveis.

Todavia a determinação constante do citado artigo 34, § 3º, do Decreto nº 6.715/2008, é inconstitucional, no que concordamos com o i. Cesar Dario, posto que não regulamentou determinação que existisse na Lei 10.826/2003, já que mero decreto, portanto inferior à Lei 10.826/2003 e às Leis Orgânicas da Magistratura e Ministério Público, que são complementares à Constituição Federal.

Deve, pois, ser ignorada pelo Poder Judiciário e Ministério Público.

Anote-se, por fim, que o simples porte de arma por Magistrado e Membro do Ministério Público não elidirá qualquer crime que venha a ser praticado com o mau uso da arma de defesa, independente do calibre.

# A constitucionalidade do art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal

**Jayme Walmer de Freitas<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Inconstitucionalidade. 3. Brevíssimo histórico da legislação sobre Juizados: constitucionalidade. 4. Consequência prática: vantagens em todos os quadrantes. 5. A interpretação jurisprudencial do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. 6. Conclusão: constitucionalidade das inovações legislativas.

77

## 1. Introdução

A finalidade do presente artigo é discutir a constitucionalidade da desclassificação do crime doloso contra a vida para outro da competência do Juizado Especial Criminal, operada pelo Conselho de Sentença, em face da nova disciplina dada pela Lei 11.689/08 ao Código de Processo Penal.

Segundo o § 1º, do art. 492, do Código de Processo Penal, com a nova redação: "Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995." Equivale dizer, caso o Conselho de Sentença acate pedido desclassificatório da defesa alterando a competência do júri para o juízo singular, que duas situações podem surgir:

<sup>1</sup> Juiz criminal em Sorocaba, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG.

a) a decisão será imediata por parte do próprio juiz-presidente, não sendo infração de menor potencial; b) sendo de menor potencial ofensivo, verificará se o réu faz jus a alguma benesse prevista na Lei 9.099/95 e adotará as providências para tanto; do contrário, sentenciará de plano.

Pouco importa seja desclassificação própria – sem especificar o crime (ex.: de homicídio tentado para outra infração a ser definida pelo magistrado) – ou imprópria – especificada a infração (ex.: de homicídio tentado para lesão corporal dolosa ou culposa) – o presidente do Tribunal do Júri adotará uma das vertentes apontadas (a ou b).

Questão: a manutenção da competência do juiz-presidente para processar e julgar uma infração de menor potencial ofensivo ofenderia ao disposto no art. 98, I, da Carta Magna?

## 2. Inconstitucionalidade

Para alguns doutrinadores, a previsão legal feita às infrações de menor potencial ofensivo violaria o texto constitucional (CF, art. 98, I). Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*, p. 829) abraçou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (*Juizados Especiais Criminais*, p. 79) quanto à interpretação que chegaram quanto à alteração da redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e por extensão o art. 492, § 1º, igualmente, seria inconstitucional.

Para os eruditos autores: “quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da Lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (...). Nos locais em que não há Juizado Especial, compete ao próprio juiz do Tribunal do Júri tomar as providências relacionadas com a Lei 9.099/95, designando a audiência dos arts. 70-76, atuando os institutos despenalizadores aplicáveis à situação concreta”.

Como aquela norma é inconstitucional, esta também o é. Aduz que a competência do JECrim advém da Constituição Federal e inexistente a viabilidade jurídica para a legislação ordinária alterá-la. Nas duas situações mostra-se violada a norma constitucional.

No âmbito dos Juizados Criminais, seguem a mesma linha de interpretação Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, ao ponderarem que a alteração efetuada pela Lei nº 11.313/2006 no parágrafo único “é absolutamente inócua e ineficaz. A lei ordinária não pode modificar competência material, que tem sua matriz na própria Constituição Federal.” (*Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*, Editora Forense, 1ª ed., 2008, pág. 32).

Restringindo-se à seara do júri, Rômulo Andrade Moreira (in *Jurid, Conexão e continência – Lei 11.313/06*, acesso em 24.04.2009), preconiza a mesma linha de interpretação ao lecionar que: “Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o

juízo de julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o artigo 5º, XXXVIII, d, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (artigo 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo)".

### 3. Brevíssimo histórico da legislação sobre Juizados: constitucionalidade

O art. 98, I, da CF prevê a criação dos juizados com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, mediante procedimento oral e sumaríssimo. Permite, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Para dar efetividade à Carta Magna, foi sancionada a Lei 9.099/95 que disciplinou as infrações e os procedimentos aplicáveis, bem como os institutos despenalizadores pertinentes (composição civil de danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal dolosa simples ou culposa e a suspensão condicional do processo).

Na esteira do apontado no item precedente, a doutrina mais abalizada sempre pugnou pela competência absoluta dos Juizados.

Na opinião do saudoso Mirabete (*Juizados Especiais Criminais*, p. 28), "a competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta".

Desde a sanção da Lei 9.099 e sua entrada em vigor, no dia 26 de novembro de 1995, a competência dos Juizados sempre pôde ser modificada para a Justiça Comum em duas situações: a) no caso de citação por edital (art. 66, parágrafo único); b) nas causas complexas (art. 77, § 2º). Para o legislador, a citação por edital e o processamento de causas complexas se contrapunham à informalidade, celeridade e à economia processual, três dos princípios norteadores dos Juizados (art. 62).

Ou seja, malgrado a competência seja absoluta, sempre se admitiu temperamentos da lei ordinária ao texto constitucional.

Para Rômulo de Andrade Moreira: "Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o artigo 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis."

Leis posteriores ampliaram o âmbito de incidência dos Juizados para outras esferas e alteraram o conceito das infrações de menor potencial ofensivo.

A Emenda 22, de 18 de março de 1999, criou os Juizados Especiais Federais e acrescentou um parágrafo único ao art. 98 da Constituição. Mais tarde, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, materializou a criação e possibilitou, de forma efetiva, a instalação dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, provocando a primeira alteração no conceito de infração de menor potencial.

Em 2006, a Lei 11.313, trouxe a última e mais relevante inovação no tema competência. Pela nova redação dada ao art. 60 e parágrafo único, “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis” disciplinou que a justiça comum e o Tribunal do Júri, em casos de conexão e continência, poderão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo. Em outros termos, as Varas Criminais e as Varas do Júri passaram a ter competência cumulativa para o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, em caso de conexão e continência entre os crimes de sua alçada e do Juizado Especial Criminal.

A título de lembrança por sua importância, a despeito de irrelevante no tema, aquele diploma (Lei 11.313/06) deu nova redação ao art. 61 com novo conceito de infração de menor potencial ofensivo: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Lembremos o conceito de competência: é o limite da jurisdição do juiz. Por conseguinte, o juiz de Vara privativa dos Juizados Especiais Criminais, ante a natureza material que lhe é imposta, sob pena de nulidade absoluta, sofre a limitação constitucional, ficando-lhe vedado presidir qualquer processo-crime que extrapole os contornos da Lei 9.099/95.

Pois bem, partindo da premissa que toda a doutrina admite a constitucionalidade dos arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, ambos da Lei dos Juizados, que permitem a modificação da competência quando de citação por edital e em processos complexos, inexistente motivo para se questionar a constitucionalidade de dispositivos que, por fundamentos igualmente relevantes, mantêm a competência da justiça comum ou do júri para prosseguirem com o processamento da infração de pequeno potencial ofensivo.

Lá, duas situações específicas admitem a modificação da competência, expulsando dos Juizados os processos. Aqui, a competência com maior elastério exerce *vis attractiva*.

Os novos diplomas – Leis 11.313/06 e 11.689/08 - estão sintonizados com os princípios da economia processual, informalidade e celeridade. Aquele por permitir que um juiz, com competência para julgar infrações mais graves, igualmente seja competente para julgar as menos graves. O último diploma, valendo-se da mesma noção e evitando procrastinações inúteis, permite que o juiz-presidente dê o desfecho adequado ao processo que, via de regra, presidiu desde o recebimento da denúncia e tem total condição de bem decidir a demanda. Imaginar-se o desmembramento do feito, nas situações emolduradas pela Lei 11.313/06, ou a declinação da competência para o Juizado Especial Criminal, na nova redação do art. 492 do CPP, significa desprezar os próprios fundamentos que trouxeram a Lei dos Juizados para o nosso universo jurídico.

Fazendo coro com a argumentação tecida por Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo Penal*, pp. 593-594) “embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu: a) nenhuma privatividade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF; b) qualquer competência material, rigorosamente

falando, isto é, razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada”.

O art. 98, I, da CF teve o grande descortino de separar as infrações leves das demais, prevendo que nos Juizados Criminais somente tramitam infrações de menor potencial ofensivo, nenhuma outra, sob pena de nulidade insanável. E é óbvio, se a competência é *ratione materiae* inconcebível sua ampliação. Em outro polo, no entanto, o raciocínio há de ser oposto, porquanto é racional, dinâmico e congruente com os princípios concernentes aos Juizados, o processo e o julgamento de infrações de menor potencial por Varas que detenham competência mais ampla.

Indaga-se: existe algum prejuízo para o réu ser julgado por um juiz comum (estadual ou federal) ou do júri (estadual ou federal)? A resposta é, em nosso sentir, indiscutivelmente não. Nada obstaculiza o juiz comum ou do júri de sentenciar um processo com infrações conexas, sendo uma de menor potencial ofensivo, ou após desclassificação pelos jurados.

Repise-se: se o Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, retirar-lhe a possibilidade de dar continuidade ao desfecho favorável ao acusado, procrastinando a solução, além de se mostrar contrário à economia processual, impede a imediata prestação jurisdicional pelo magistrado que teve contato desde a origem com o fato imputado.

*Importante:* O juiz eleitoral outorga os benefícios da Lei 9.099/95 nos crimes eleitorais, cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos e nem por isso se cogita de enviar seus processos para os Juizados Especiais Criminais. A Justiça Militar igualmente era competente, até que por alteração legislativa (art. 90-A), deixou de sê-lo. Mais, nos processos de competência originária, os institutos de despenalização são aplicados por inteiro pelos Tribunais.

#### 4. Consequência prática: vantagens em todos os quadrantes

As inovações trazidas pelos arts. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e 492, § 1º do Código de Processo Penal têm *utilidade diária efetiva* e se mostram compatíveis com a dinâmica processual exigível com a realidade atual. Quem milita na área criminal sabe que os desmembramentos de feitos são um entrave à boa administração da justiça, não só porque atrapalham a normalidade dos trabalhos cartorários, mas porque podem provocar decisões contraditórias. O juiz comum absolve e o do Juizado Especial Criminal propõe e o autor do fato aceita uma transação penal. Lá sai favorecido e aqui não. O julgamento *simultaneus processus* propicia maior amplitude de defesa, evita decisões conflitantes e obvia uma solução mais rápida ao litígio, reclamo maior da sociedade civil de um formato melhor de administração da justiça.

No tocante ao Tribunal do Júri, Luiz Flávio Gomes, Rogério dos Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (*Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, pág. 236), em abono ao entendimento esposado, lecionam que “os autos não são remetidos para os juizados. O processo não sai da Vara do Júri. Conclusão: o juiz-presidente do Tribunal do Júri aplicará os dispositivos cabíveis da lei dos juizados (art. 69 e ss.). Inclusive no que concerne à exigência de representação da vítima (art. 88), quando se trata de lesão corporal leve. Ela deve ser intimada para isso e terá o prazo legal (seis meses) para exercer seu direito de representação”.

## 5. A interpretação jurisprudencial do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95

De há muito o Fórum Nacional dos Juizados – FONAJE –, em seu enunciado n. 10, estabelece que “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.”

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da integral aplicabilidade da inovação legislativa à Lei 9.099/95, *verbis*: “Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº 11.313/2006. (STJ: CC 92365/RS, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, j. 13/08/2008).

Também: “Configurada a conexão entre os crimes de ameaça e furto, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006” (STJ: CC 91.984/MG, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, 13/08/2008).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, foi mais longe e firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Cito trechos de aresto da lavra do eminente Desembargador Elias Tâmbara, nos autos do Conflito de Jurisdição nº 166.026, j. em 15.12.2008, no qual se discute o juízo competente por conexão entre crimes de tráfico e posse de drogas: “Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 11.313/2006, a qual alterou o disposto nos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995, pois, ainda que, no caso, se trate de competência material, é certo que o legislador pretendeu evitar que as normas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais deixassem de ser aplicadas quando houvesse conexão com outra infração adstrita ao âmbito da Justiça Comum. Nesse sentido há posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação destas normas despenalizadoras se dá em qualquer processo de natureza penal, inclusive em segundo grau de jurisdição, isto é, nos Tribunais, o que, por si só, afasta a tese da competência exclusiva dos Juizados para a utilização das normas em estudo. *Os preceitos de caráter benéfico da Lei nº 9.099/1995 aplicam-se a qualquer processo penal, inclusive nos Tribunais. Precedentes do STF Inq. nº 1.055/AM, RTJ 162/483, HC nº 77.303 – PB (STF – HC nº 76.262-SP).* Assim, na hipótese, diante de conexão entre crimes de competência do Juizado Especial Criminal e do Juízo Comum, este último haverá de prevalecer, porquanto de maior amplitude, podendo, nele, inclusive, ser aplicadas as medidas da Lei nº 9.099/95, conforme o art. 60, parágrafo único, do mesmo diploma legal.”

82

## 6. Conclusão: constitucionalidade das inovações legislativas

A desclassificação operada pelo Conselho de Sentença de um crime doloso contra a vida para uma infração de menor potencial ofensivo não provoca a mudança da competência do juiz-presidente.

Não existe ofensa ao texto constitucional.

A Constituição Federal conferiu competência absoluta aos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nada além. O juiz do Juizado Especial Criminal exercerá jurisdição ex-

clusiva em tais infrações, sob pena de nulidade absoluta. Em momento algum a Magna Carta negou o aproveitamento de seus institutos benéficos, em outros processos e por outros juízes ou Tribunais. Aliás, a Lei 9.099/95, desde o nascedouro, assegurou a modificação de competência em hipóteses específicas, de modo a reconhecer e permitir que outros juízes e Justiças tivessem legitimidade para julgar as infrações de menor potencial ofensivo. A Lei 11.313/06 trilhou pelo mesmo caminho e o Código de Processo Penal *idem*, especialmente porque respeitaram os fundamentos do diploma legal correspondente.

Diante de tais ponderações, vê-se que a redação do art. 492, § 1º, encontra conforto constitucional, de modo que os juízes-presidentes dos Tribunais do Júri têm competência para o processo e o julgamento de infração de menor potencial ofensivo em virtude de desclassificação operada pelo Conselho de Sentença.

É dizer, os Juizados Especiais Criminais têm competência *absoluta*, mas seus institutos benéficos podem ser tomados pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, nos termos do Código de Processo Penal, bem como pelo juiz comum, nos casos de conexão ou continência, consoante disciplina o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, por terem competência mais abrangente.

Sem menosprezo algum, as infrações são de menor potencial e a prevalência do brocardo *major absorbet minorem*.



# Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal

**Renato Marcão<sup>1</sup>**

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo

85

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Sobre a posse de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal. 3. A Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

Não constitui novidade a quem quer que seja a complexidade dos problemas relativos às organizações criminosas e suas variadas maneiras de atuação, dentro e fora dos estabelecimentos penais, noticiada pela mídia tantas vezes, e que de maneira permanente tem ocupado a atenção dos estudiosos do Direito Penal e de outros variados ramos do conhecimento humano ligados à segurança pública em sentido amplo.

Nada obstante algumas investidas do Poder Público contra a alarmante realidade que é “poder paralelo” em que o “mundo do crime” se transformou, as organizações criminosas se estabeleceram, cresceram e fincaram raízes profundas na sociedade e nos diversos segmentos da administração pública, inclusive e notadamente no âmbito de alguns de seus tentáculos destinados exatamente ao combate da criminalidade.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Professor no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus, no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e no curso de pós-graduação do Instituto Busato de Ensino.

No manejo das atividades criminosas, o uso de aparelhos de telefonia celular se tornou componente de acentuada magnitude na agilização das negociações, constituindo, ainda, uma das formas de se “fazer presente e ter voz ativa” dentro dos segmentos das facções que desafiam a vida ordeira, esteja o agente submetido ou não aos rigores de um estabelecimento penal.

Se na vida livre tal produto da tecnologia moderna tem se revelado valioso instrumento nas atividades ilícitas, estando o agente preso, com mais forte razão traduz mecanismo de grande valia no comando das práticas ilícitas e viabilizador de sua participação na rotina diária do empreendimento marginal, permitindo direto contato com seus pares em liberdade ou confinados em outros estabelecimentos penais, de forma a manter, e algumas vezes ampliar e até intensificar, as molduras do comando organizacional da realidade em que se inserem.

Bem por isso, desde o surgimento de tal aparato eletrônico passou-se a discutir a respeito de consequências jurídicas que devam ser impostas àqueles que se encontram no cumprimento de pena criminal e possuem e/ou se utilizam de tais aparelhos de telefonia celular no interior de estabelecimentos penais, bem como no tocante às medidas punitivas direcionadas àqueles que, de qualquer maneira, introduzem ou permitem a entrada dos mesmos aparelhos no ambiente carcerário, para utilização dos detentos.

A realidade exigiu (e continua a exigir) o pronunciamento da doutrina e dos tribunais, terminando por movimentar a máquina legislativa federal, quase sempre envolvida com seu próprio mundo marginal, como também é de sabença comum.

## 2. Sobre a posse de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal

Instados inicialmente os Tribunais a se pronunciar a respeito de configurar ou não falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade a conduta consistente em portar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional, a jurisprudência dominante firmou-se no sentido negativo, ou seja, de não configurar falta grave, isso em razão da inexistência de previsão legal tratando da matéria, conforme demonstram os julgados que seguem indicados: STJ, HC 59.436/SP, 5ª T., j. 15-8-2006, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU, 4-9-2006, RT 855/568; STJ, HC 73.295/SP, 5ª T., j. 24-4-2007, v.u., rela. Ministra Laurita Vaz, DJU, 28-5-2007, RT 864/567; TJRJ, Ag. 2005.076.00233, 7ª Câmara, j. 23-5-2005, v.u., rela. Desa. Maria Zélia Procópio da Silva, DORJ, 20-9-2006, RT 856/657; TJSP, AE 964.801.3/7-0000, 7ª Câmara, j. 7-12-2006, v.u., rel. Des. Ivan Marques, RT 859/603, RJDTCrimSP 62/32; TJSP, HC 1.118.677-3/7, 1ª CCrim., rel. Des. Márcio Bártoli, j. 11-12-2007, v.u., *Boletim de Jurisprudência do TJSP* n. 138.

Em sentido contrário, consultar: TJSP, HC 474.433.3/0, 4ª Câmara, rel. Des. Luís Soares de Mello, j. 14-6-2005, RT 842/533; TJSP, AE 00999728.3/4-0000-000, 5ª Câmara da S. Crim., j. 11-1-2007, v.u., rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Coogan, RT 860/608-609.

Portar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional constitui falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade desde 29 de março de 2007.

A Lei nº 11.466/2007, que entrou em vigor no dia 29 de março de 2007, resolveu a discussão a respeito da matéria, ao acrescentar o inciso VII ao artigo

50 da Lei de Execução Penal, estabelecendo que constitui falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade ter o preso em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

“A superveniência da Lei 11.466/2007, que alterou o art. 50 da Lei 7.210/84, passando a prever como falta disciplinar grave a posse de telefone celular nas dependências do presídio, não alcança situações anteriores à sua vigência, em face do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa” (TJSP, AE 01058130-3/5-0000-000, 1ª Câ. do 1º Grupo da S. Crim., j. 3-7-2007, rel. Des. Figueiredo Gonçalves, RT 866/643-644).

Também a Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, introduziu o art. 319-A ao Código Penal Brasileiro, possibilitando punir com detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano, o Diretor de Penitenciária e/ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

### 3. A Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009

A Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, introduziu o art. 349-A ao Código Penal Brasileiro e passou a punir com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, “ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional”.

Por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, encontra-se exposta ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais, conforme decorre do disposto no art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (com a redação do art. 1º da Lei nº 11.313, de 28-6-2006), e do art. 394, § 1º, III, do CPP (com a redação da Lei nº 11.719, de 20-6-2008), pois a pena máxima cominada não é superior a 2 (dois) anos.

Cuida a hipótese de crime comum, pois não se exige qualquer qualidade especial do agente, muito embora em boa parte das vezes terminará por alcançar funcionário(s) público(s) envolvido(s) com a administração do estabelecimento prisional visado pela prática criminosa, notadamente nas modalidades *auxiliar* ou *facilitar*, raciocínio que não exclui, evidentemente, a possibilidade da prática pelos mesmos funcionários públicos mediante a realização de qualquer dos outros verbos. Não se pode negar, é óbvio, que o funcionário público também poderá *ingressar, promover* ou *intermediar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, expondo-se, desta maneira, à incidência penal.

Muito embora o legislador não tenha dito, quando deveria, é inegável que a incidência típica somente surgirá quando a conduta tiver por objetivo proporcionar que o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, seja introduzido no estabelecimento prisional para chegar em mãos de qualquer pessoa submetida a encarceramento por força de decisão judicial.

Só é punível a conduta dolosa. É de se exigir, ainda, a demonstração de dolo específico, evidenciado na intenção dirigida de fazer com que o aparato termine em mãos de quem não poderia recebê-lo em razão de estar submetido a estabelecimento penal. A regra não alcança o simples incauto.

Nesta exata medida, não pode se ver exposto à acusação criminal por incidência do art. 349-A do Código Penal aquele que simplesmente ingressa ou tenta ingressar no estabelecimento penal trazendo consigo aparelho de telefonia celular, v.g. É preciso que a conduta tenha por finalidade algo que verdadeiramente tem sentido punir nos moldes da tipificação trazida com a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009. O princípio da razoabilidade, dentre outros, assim determina.

A inovação revelada no art. 349-A do Código Penal tem relação direta com o crime do art. 319-A, do mesmo *Codex*, introduzido pela Lei nº 1.466/2007, que pune com iguais consequências penais “o Diretor de Penitenciária e/ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”.

A regra, de tal maneira interpretada, não alcança os funcionários da administração penitenciária, os advogados ou qualquer outra pessoa que trabalhe ou se encontre nas dependências de determinado estabelecimento penal, exceto quando demonstrada a intenção de fazer com que o aparato eletrônico vá desaguar em mãos de qualquer pessoa submetida ao confinamento por decisão judicial.

Esta é a interpretação adequada. Este é o verdadeiro alcance que se deve emprestar ao art. 349-A do Código Punitivo.

A despeito de a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, não ter tipificado as condutas consistentes em possuir, portar ou utilizar aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal, impende anotar que as modalidades típicas que estão previstas também podem alcançar a pessoa do preso que se encontrar em estabelecimento penal, seja ele o destinatário ou não do aparelho de telefonia celular, ao contrário do que pode sugerir uma primeira e apressada leitura do novo tipo penal.

Não se pode excluir a possibilidade de algum preso, por exemplo, quando do gozo de permissão de saída (art. 120 da LEP) ou de saída temporária (art. 122 da LEP), ao retornar praticar uma das condutas reguladas.

Mesmo estando preso, dentro dos limites de estabelecimento prisional fechado, é possível que o agente venha a *promover, intermediar ou auxiliar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, naquele estabelecimento prisional em que se encontrar ou em outro.

Muito embora o novo art. 349-A do CP indique que as condutas nele previstas devam ser praticadas *sem autorização legal* para efeito de aperfeiçoamento da incidência típica, é força convir que, adotada nossa forma de interpretação, jamais poderá haver autorização legal, e menos ainda judicial ou administrativa, para o ingresso de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, em estabelecimento prisional, para dar em mãos de presos.

As razões são evidentes.

#### 4. Conclusão

Uma vez mais o Poder Legislativo disse menos do que deveria, assim como o Poder Executivo tem feito bem menos do que é sua obrigação no campo da prevenção e repressão criminal.

A posse de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento prisional configura falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade, nos moldes introduzidos pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, que também tipificou a condescendência criminosa do Diretor de Penitenciária e/ou agente público, no ato de deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

O tipo penal que decorre da Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, não pune a *posse*, o *porte* ou a *utilização* de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penal, mas tem a pretensão de fazer diminuir/impedir, pela força da retribuição penal, o ingresso de tais aparatos nos estabelecimentos que indica, na exata medida em que penaliza as condutas antecedentes à posse, ao porte ou utilização pelo encarcerado, nos limites dos verbos empregados na formação do tipo alternativo de conduta variada que é o novo art. 349-A do Código Penal.



# Juízes de 1º grau convocados para atuar no 2º grau e o princípio do juiz natural

**Eurípedes Gomes Faim Filho<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**RESUMO:** Os juízes de Primeiro Grau convocados para atuar no Segundo Grau satisfazem o requisito constitucional do juiz natural, mesmo quando a turma é composta apenas por eles ou pela maioria deles em julgamento presidido por desembargador.

*“Talvez seja este o meu juiz – disse K., apontando com o indicador a tela.”*  
*O Processo de Franz Kafka.<sup>2</sup>*

## Introdução

O texto que segue originalmente foi produzido como parte de um acórdão no qual o autor participou compondo turma de juízes de Primeiro Grau convocados para auxiliar a 19ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 19ª Câmara – E.

Trata-se de uma decisão referente a uma preliminar proposta na apelação número 7.044.333-9, da Comarca de São Paulo, e o texto que segue manteve o formato original para respeitar o contexto:

<sup>1</sup> Titular da Vara da Fazenda Pública de São Vicente e diretor do Fórum. Mestre pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Contato: professorfaim@hotmail.com.

<sup>2</sup> Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, pág. 137.

## Da preliminar de nulidade de composição da turma julgadora

A questão posta em preliminar é se esta turma julgadora, composta de juízes de Primeiro Grau convocados para auxiliar o Tribunal, pode ou não ser considerada como de acordo com o princípio do juiz natural, sendo isso o que se passa a analisar.

## O juiz natural na Constituição e na doutrina

A importância do princípio do juiz natural é de tal magnitude que ele foi elevado à condição de garantia fundamental e, portanto, cláusula pétrea.

Sua instituição se encontra em dois incisos do art. 5º da Constituição da República:

*Art. 5º [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;*

*LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...]*

Essa regra se aplica às causas penais e civis<sup>3</sup> e sua finalidade é servir de limitação aos poderes persecutórios do Estado, além de ser relevante garantia de imparcialidade dos órgãos julgadores.<sup>4</sup>

A esse respeito ensina Enrico Tullio Liebman:

*“A fórmula, um pouco redundante, tem sido interpretada pela Corte Constitucional no sentido de que a locução ‘juiz natural’ é correspondente àquela do ‘juiz pré-constituído por lei’, ou seja, juízo instituído e determinado com base em critérios gerais fixados antecipadamente e não se tendo em vista a controvérsia do caso singular.”<sup>5</sup> (grifo nosso)*

Nessa linha, os doutrinadores ensinam que juiz natural pode ser entendido como juiz legal, ou seja, a Constituição e a lei devem predeterminar os requisitos para que alguém possa ser juiz em um caso.<sup>6</sup>

Daí já se afasta o juízo de exceção, ou seja, aquele criado ou escolhido especificamente para aquele caso específico, ou seja, o juízo ou o tribunal só são válidos se o forem para todos, razão pela qual muitos doutrinadores falam que esse princípio é também um desdobramento do princípio da igualdade.<sup>7</sup>

3 Neste sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. Malheiros, pág. 58 e MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 544/546.

4 1º T. – HC nº 69.601/SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377 citado em MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da CF – Doutrina e Jurisprudência*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 202/203.

5 *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Quinta edizione. Milano: Giuffrè, 1992, Vol. I, pág. 10. Tradução livre. No original: La formula, un poco ridondante, è stata interpretata dalla Corte Costituzionale nel senso che la locuzione “giudice naturale” è corrispondente a quella di “giudice precostituito per legge”, cioè giudice istituito e determinato in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie.

6 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 182/183.

7 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., pág. 182/183.

Convém, porém, lembrar o seguinte sábio alerta:

*É certo, por outro lado, que tal garantia não impede as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência devidamente contempladas na legislação.<sup>8</sup> (grifo nosso)*

Para que um juiz ou tribunal seja considerado juiz natural a doutrina elenca as seguintes exigências:

1. Ter previsão constitucional expressa ou implícita;<sup>9</sup>
2. Ser integrante do Poder Judiciário;<sup>10</sup>
3. Ser dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal;<sup>11</sup>
4. Haver absoluto respeito às regras objetivas de determinação de competência;<sup>12</sup> e
5. Haver observância estrita das normas regimentais de distribuição do processo.<sup>13</sup>

### **A posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da convocação de juízes de Primeiro Grau para compor turmas julgadoras em Segundo Grau**

O problema surgiu no Superior Tribunal de Justiça relativamente à convocação de juízes de Primeiro Grau para compor turmas julgadoras em Segundo Grau. Em alguns julgados tal convocação foi julgada válida:

**HABEAS CORPUS – NULIDADE – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU SUBSTITUTOS NAS CÂMARAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INEXISTÊNCIA – ORDEM DENEGADA – A substituição de Desembargadores por Juízes de Primeiro Grau, para agilizar a tramitação de processos acumulados não fere os princípios constitucionais do Quinto Constitucional, Duplo Grau de Jurisdição ou Juiz Natural, conforme entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. – Ordem denegada. (HC 77.465/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADRA CONVOCADA DO TJMG), QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 323)<sup>14</sup>**

8 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., pág. 544/546.

9 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Op. cit., pág. 58 e MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1982, Vol. I, pág. 76/77; e MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pág. 544/546.

10 MORAES, Alexandre. Op. cit., pág. 202/203 e ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., pág. 182/183.

11 MORAES, Alexandre. Op. cit., pág. 202/203.

12 MORAES, Alexandre. Op. cit., pág. 202/203 e ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., pág. 182/183; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 652/653.

13 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., pág. 182/183 e MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pág. 544/546.

14 Nesse sentido: HC 97.623/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 30/06/2008; AgRg no Ag 380.701/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, DJ 02/08/2004 p. 577; e HC 24.126/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 29/09/2003 p. 288.

Em outros julgados foi considerada nula a composição de turmas julgadoras formadas total ou majoritariamente por juízes convocados:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TURMA COMPOSTA majoritariamente POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU. VÍCIO QUE REQUER A DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O JULGAMENTO. 1– É perfeitamente possível o julgamento nos Tribunais por Turmas ou Câmaras **parcialmente integradas** por juízes de primeiro grau, mediante convocação. 2– **Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, única ou majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF.** 3– **Só há previsão para julgamentos feitos exclusivamente por Turmas compostas por juízes de primeiro grau quando se tratar das Turmas Recursais dos Juizados Especiais.** 4 – **Ordem concedida para anular o julgamento.** (HC 103.259/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 11/11/2008)<sup>15</sup>**

Como se vê o problema apontado nesses últimos julgados não estaria na convocação em si, mas sim na composição de turmas integral ou majoritariamente por juízes convocados.

## A questão no Supremo Tribunal Federal

A esse respeito decidiu o Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA: REGIMENTO INTERNO: SUBSTITUIÇÃO DE DESEMBARGADOR. Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN – art. 118, redação da Lei Complementar nº 54/86. C. F., art. 93, art. 96, I, a. I. – Os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça podem dispor a respeito da convocação de juízes para substituição de desembargadores, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a trinta dias, observado o disposto no art. 118 da LOMAN, Lei Complementar 35/79, redação da Lei Complementar 54/86. II. – Norma regimental que estabelece que o substituído indicará o substituto: inconstitucionalidade. III. – ADI julgada procedente, em parte.**<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Nesse sentido: HC 101.943/SP, Rel. Ministra JANE SILVA, DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 11/11/2008; HC 98.796/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2008, DJe 02/06/2008; HC 100.426/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 09/06/2008; HC 98.870/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 19/05/2008; HC 94.881/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 12/05/2008; HC 72.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 19/11/2007 p. 297.

<sup>16</sup> Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 14/05/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 04-06-2004 PP-00028 EMENT VOL-02154-01 PP-00077 RTJ VOL-00194-01 PP-00050.

**EMENTA** Habeas corpus. *Princípio do juiz natural. Relator substituído por Juiz Convocado sem observância de nova distribuição. Precedentes da Corte.* 1. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade. 2. **A convocação de Juizes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfere o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 9.788/99.** 3. O fato de o processo ter sido relatado por um Juiz Convocado para auxiliar o Tribunal no julgamento dos feitos e não pelo Desembargador Federal a quem originariamente distribuído tampouco afronta o princípio do juiz natural. 4. Nos órgãos colegiados, a distribuição dos feitos entre relatores constitui, em favor do jurisdicionado, imperativo de impessoalidade que, na hipótese vertente, foi alcançada com o primeiro sorteio. **Demais disso, não se vislumbra, no ato de designação do Juiz Convocado, nenhum traço de discricionariedade capaz de comprometer a imparcialidade da decisão que veio a ser exarada pelo órgão colegiado competente.** 5. Habeas corpus denegado. **Decisão.** A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. *Unânime.* Presidiu o julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 20.11.2007.<sup>17</sup>

Portanto, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o juiz convocado é juiz natural, podendo inclusive ser relator do feito.

### **Da convocação de juízes de Primeiro Grau pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Os juízes convocados em São Paulo para ajudar o Tribunal de Justiça na insana tarefa de secar o oceano satisfazem todos os requisitos supramencionados:

1. Seus cargos têm previsão constitucional expressa;
2. Eles são integrantes do Poder Judiciário;
3. Eles são dotados de todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal;
4. Eles são escolhidos com absoluto respeito às regras objetivas de determinação de competência; e
5. Eles são escolhidos com observância estrita das normas regimentais de distribuição do processo.

<sup>17</sup> HC 86889 / SP – SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 20/11/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJe-026 DIVULG 14-02-2008 PUBLIC 15-02-2008 DJ 15-02-2008 EMENT VOL-02307-03 PP-00525.

Não bastasse isso, como é de todos sabido, o voto mais influente num julgamento é o do relator, pois ele é quem tem o contato mais profundo com o processo.

Ora, quem pode o mais pode o menos, ou seja, como o juiz convocado pode ser relator, ele também pode ser revisor ou terceiro juiz, não havendo nenhuma regra constitucional ou legal que impeça que esse juiz ocupe qualquer dessas posições ou mesmo que todas sejam ocupadas por esses juizes ao mesmo tempo.

Importante ressaltar que em S. Paulo os julgamentos são presididos sempre por um Desembargador, o qual vela pela regularidade dos mesmos.

Na verdade, com todo o respeito, as decisões que vêm anulando os julgamentos dos juizes convocados não respeitam os princípios da celeridade e o da duração razoável do processo, hoje constitucionalmente consagrados como cláusula pétrea, sendo garantias fundamentais.<sup>18</sup>

Com efeito, este juiz relator chegou a julgar casos durante esta convocação que chegaram a ficar mais de oito anos apenas aguardando a escolha de um relator.

Inolvidáveis as palavras de Rui Barbosa:

*“Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa-fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam de balde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos.*

*Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.*

*Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças no mato.*<sup>19</sup>

Embora sempre veneráveis as decisões do Superior Tribunal de Justiça, o que se faz com esse tipo de decisão plangente é injustiça manifesta.

Caso esse tipo de decisão venha a prevalecer, aquele cidadão que teve seu caso julgado após oito anos aguardando apenas a escolha de um relator terá que aguardar outros oito anos ou mais para que um novo relator surja, sabendo Deus quando tal processo será levado à mesa tendo em vista o invencível acúmulo de feitos.

Cabe questionar se ainda tem vigência o art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil que diz:

<sup>18</sup> Constituição da República art. 5º. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso).

<sup>19</sup> Oração aos Moços. São Paulo: Martin Claret, 2003, pág. 52/53.

***“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”*** (grifo nosso)

Perde-se nas brumas o precioso conceito de que o processo não é um fim em si mesmo, como Cândido Dinamarco bem ensinou:

*“O que se postula é, porquanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas **nada mais do que instrumento.**”*<sup>20</sup> (grifo nosso)

Parafraseando Jesus Cristo, pode-se dizer que **o processo foi feito para o ser humano e não o ser humano para o processo.**<sup>21</sup>

Fazendo ainda um paralelo com o que ensinam os ingleses a respeito da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, **os juízes precisam levantar o véu do processo para ver a dor das pessoas que esperam e que estão por detrás daquele amontoado inerte de papel.**

Infelizmente, decisões como as aqui lastimadas fazem parecer que todos esses princípios não têm mais valor.

Outra questão, reconhecidamente não de ordem jurídica, porém não por isso irrelevante, é o fato de que este juiz relator e os demais juízes convocados não são desembargadores apenas devido ao momento histórico que se vive, ou seja, agora a carreira está muito lenta.

Este relator contará em 2009 com vinte anos de Magistratura e foi possível encontrar casos de juízes que se tornaram desembargadores com oito<sup>22</sup> ou nove anos<sup>23</sup> de carreira.

Há ainda o caso dos desembargadores do quinto constitucional que, embora não tenham nenhuma vivência como magistrados, imediatamente julgam como desembargadores, o mesmo ocorrendo com os Ministros dos Tribunais Superiores, que não sejam oriundos da Magistratura.

Nenhum desdouro para esses desembargadores ou ministros, pelo contrário, normalmente mostram-se juízes excelentes, porém é notório que as funções de juiz, promotor e advogado são muito diversas, exigindo inclusive um posicionamento psicológico diferente em cada uma das posições.

Tal fato é muito bem ilustrado nas poéticas palavras de Piero Calamandrei:

*“Advocati nascuntur iudices fiunt. Não quer isto dizer que possa haver bons advogados sem preparação adequada, mas sim que as qualidades de combatividade e de impetuosidade, exigidas pela profissão, são próprias de uma juventude apaixonada e ardente, ao passo que só o andar dos anos pode dar as qualidades de ponderação e de equilíbrio, que constituem o melhor dom do juiz.*

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 269.

21 O sábado foi feito para o homem, e não o homem para o sábado. Marcos 2:27.

22 Caso do Des. Arquilau Melo do Tribunal de Justiça do Acre. [http://www.tjac.jus.br/magistratura/des\\_arquilau\\_melo.jsp](http://www.tjac.jus.br/magistratura/des_arquilau_melo.jsp) acesso dia 11.12.2008.

23 Caso da Desembargadora Eva Evangelista do Tribunal de Justiça do Acre. [http://www.tjac.jus.br/magistratura/desa\\_eva\\_evangelista.jsp](http://www.tjac.jus.br/magistratura/desa_eva_evangelista.jsp) acesso dia 11.12.2008.

*O juiz é um advogado melhorado e purificado pela idade. Os anos tiraram-lhe as ilusões, os exageros, as deformações, a ênfase e, talvez mesmo, a generosa impulsividade da juventude. O juiz é o que fica do advogado, quando neste desapareceram todas as qualidades exteriores pelas quais o vulgo o admira.*

*O advogado é a efervescente e generosa juventude do juiz. O juiz é a velhice repousada e ascética do advogado. O sistema inglês, segundo o qual os mais altos magistrados são escolhidos entre os antigos advogados, é a confirmação prática desta solução psicológica. [...]*

*Esta diferença de funções, que se nota no decorrer do processo entre juiz e advogado – o primeiro: momento estático, e o segundo: momento dinâmico da justiça –, persiste nas manifestações exteriores e nos sinais visíveis das audiências: o juiz está sentado, o advogado de pé; o juiz apoia a cabeça nas mãos, imóvel e recolhido, o advogado – de braços estendidos como tentáculos – é agressivo e nunca está quieto. A nítida oposição entre os dois tipos nota-se também nos seus rostos, que refletem a deformação das suas respectivas qualidades. O advogado, à força de agir, pode tornar-se um agitado, que é preciso pôr fora da sala como perturbador; o juiz, à força de concentração, pode simplesmente tornar-se um ensonado.*

*Pode sustentar-se que o papel do advogado requer mais talento e mais energia que o do juiz. Encontrar os argumentos, missão do advogado, é tecnicamente mais árduo que escolher entre esses argumentos descobertos pelos defensores. É isto o que faz o juiz. Mas como é angustiante a responsabilidade moral dessa escolha!*

*Quando o advogado aceita o patrocínio de uma causa, o seu caminho fica logo traçado, pode estar sereno e saber pela serteira, como o soldado na trincheira, qual a direção em que deve atirar.*

*Mas o juiz, antes de decidir, tem necessidade de uma força de caráter que o advogado pode dispensar. Deve ter a coragem de exercer a sua missão de juiz, missão quase divina, não obstante sentir em si todas as fraquezas, todas as baixezas, mesmo, dos homens. Deve saber impor silêncio a uma voz inquieta, que lhe pergunta o que teria feito a sua humana fragilidade se se tivesse encontrado nas condições em que se encontrou a pessoa que julga. Deve estar de tal forma senhor do seu dever, que esqueça, cada vez que proferir uma sentença, a ordem eterna que vem da Montanha: Não julgarás. [...]*

*Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz.*

*Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do Magistrado.*<sup>24</sup>

Por isso que muitos juízes não conseguiriam sucesso na advocacia ou no Ministério Público e muitos advogados ou promotores de Justiça não suportariam assumir as agruras da posição de juiz.

Caso essa convocação esteja atrapalhando o normal cumprimento das funções do juiz convocado, o caminho vai em direção à Corregedoria Geral da Justiça ou ao Conselho Nacional da Justiça, mas nada aponta para a destruição pura e simples do trabalho que foi feito até com prejuízo da vida pessoal e familiar dos magistrados envolvidos.

Tal destruição é no mínimo um desrespeito, primeiro para com aqueles que realizaram tão árdua tarefa e principalmente para com aqueles que esperam a **já tardia Justiça**.

Por tudo isso, afirma-se que as exigências constitucionais e legais foram cumpridas no caso dos juízes convocados, razão pela qual eles são juízes naturais, tanto quanto os nobres desembargadores que compõe o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ficando **REJEITADA** a preliminar.

<sup>24</sup> *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*. Tradução Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, págs. 33/35 e 39/40.



## Obrigação de meio em cirurgias plásticas

**Thiago Baldani Gomes De Filippo<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias sempre entenderam que, em se tratando de cirurgias plásticas reparadoras ou est ticas, a responsabilidade dos profissionais seria de *resultado*, apesar de não existir lei expressa nesse sentido. Assim, S lvio de Salvo Venosa<sup>2</sup>, por todos, sustenta que:

*Dizem a doutrina e jurisprudência que a cirurgia plástica constitui obriga o de resultado. Deve o profissional, em princípio, garantir o resultado almejado. "Há, indiscutivelmente, na cirurgia estética, tendência generalizada a se presumir a culpa pela não obten o do resultado. Isso diferencia a cirurgia estética da cirurgia geral" (Kfoury Neto, 1998: 165). Não resta d vida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu bojo uma rela o contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofrerá de moléstia nenhuma e a finalidade procurada   obter unicamente um resultado est tico favorável, entendemos que se trata de obriga o de resultado.*

Nesse sentido, ainda, tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

*Contratada a realiza o de cirurgia estética embelezadora, o cirurg o assume obriga o de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material como pelo dano moral, decorrente de deformidades, salvo prova de força maior ou caso fortuito (STJ – RE 10.536/Rio de Janeiro, Rel. Min. Dias Trindade).*

<sup>1</sup> Aluno regular do Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Jacarezinho/PR

<sup>2</sup> VENOSA, S lvio de Salvo. Direito Civil: *Responsabilidade Civil*. Vol. IV. 4  ed. Atlas: São Paulo, 2004, p. 121.

Ocorre, porém, que há vozes autorizadas em sentido oposto que, na esteira dos ensinamentos da Professora Hildegard Taggesell Giostri, defendem se tratar de responsabilidade de *meio*, devido às vicissitudes do organismo humano.

Reproduzo o seguinte trecho de dissertação da Dra. Hildegard, apresentada na Cidade de Curitiba, em 1996, denominada "Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico":

*Parece ter ficado patente que não só DEMOGUE, como todos os outros autores, especialmente os franceses – que se propuseram a comentar, estudar ou até criticar sua divisão – foram unânimes em afirmar que a obrigação de resultado era adequada para todos os casos com uma prestação determinada, mas onde o fator álea não estivesse presente (grifei).*

*Daí entender-se inadequado considerar como de resultado uma obrigação cujo cumprimento se desenrola numa zona tão aleatória quanto o organismo humano. Ele é previsível, sim, mas até um certo ponto, a partir daí é entrar-se no universo nebuloso da imprevisibilidade e da imponderabilidade*

De fato, conforme já se tem assinalado em nosso Direito, o fator "álea" não é compatível com as obrigações de resultado. Em outras palavras, como o infortúnio, a "sorte" pode pender para um lado ou para outro, nestes casos, não se pode, de antemão, assegurar um resultado certo, sem margem de erros.

Assim, é forçoso reconhecer que, na contramão da doutrina e jurisprudência pátrias, não se pode reconhecer a responsabilidade de *resultado* em cirurgias plásticas, quer estéticas, quer reparadoras, máxime pela redação conferida ao parágrafo 4º do artigo 14, do CDC: *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa* (grifei).

Porém, duas observações devem ser feitas.

A primeira delas consiste no seguinte: uma coisa é o reconhecimento de que cirurgias plásticas não podem ensejar obrigação de *resultado*. Outra coisa é o teor do que prometeu o médico ao paciente.

É que, em certos casos, a fim de convencer o paciente do sucesso da cirurgia que pretende realizar, o cirurgião plástico, ao ser indagado sobre os riscos de insucesso, *garante*, por sua conta e risco, que não há chances de insucesso; que, invariavelmente, o resultado ficará como esperado.

Nesses casos, a *proposta* vincula o fornecedor (art. 48, CDC), no caso, o cirurgião plástico.

É que toda a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, além do art. 422, do Código Civil, que também se aplica ao caso, pelo chamado "diálogo das fontes", obrigam os contratantes a pautar-se pela boa-fé. Esta não deve ser vista apenas sob o prisma eminentemente *subjetivo*, mas, também, sob o viés *objetivo*, assim entendido como um "padrão ético de conduta" que deve nortear os contratos em geral; padrão este iluminado por deveres instrumentais, como o de informação e o de assistência.

Se o cirurgião plástico não prestou as informações necessárias, omitindo riscos que, pela experiência profissional, era crível supor-se que existiriam e, fatalmente, ao final de todo o procedimento cirúrgico, compreendido todo o pós-operatório, com a fase de cicatrização, inclusive, o dano ocorreu, o médico deve responder pelas consequências de seus atos.

A outra observação concerne ao ônus de prova. O art. 6º, VIII, CDC, inverte a regra veiculada pelo art. 333, CPC. Determina a inversão do ônus da prova desde que haja *verossimilhança* nas alegações do consumidor ou quando ele for *hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*.

Assim, presentes estas causas, mesmo se tratando de obrigação de *meio*, deve o fornecedor, no caso, o cirurgião plástico, provar que se valeu de todos os recursos possíveis e necessários existentes à sua disposição.

Entretanto, ainda que cotejado com os dispositivos acima, o fato é que, como bem menciona a Professora Hildegard, nos casos de cirurgia plástica estética ou reparadora, a responsabilidade do profissional deve ser de *meio* e nunca de *resultado*, pois o fator *álea* está presente nestes casos, invariavelmente, em face das diferentes respostas dadas pelo organismo humano a semelhantes situações.



# Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos

**Fernando de Oliveira Domingues Ladeira<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Características e classificações dos direitos fundamentais. 3. O direito à saúde. 4. A efetividade do direito à saúde. 5. A problemática do fornecimento de medicamentos. 6. Análise da legislação infraconstitucional – O Sistema Único de Saúde (SUS) na Lei 8080/90. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

105

## 1. Introdução

O objetivo do presente artigo é a verificação da problemática do fornecimento de medicamentos pelos entes públicos, haja vista a crescente judicialização da matéria, ou seja, somam-se as demandas judiciais buscando a garantia do fornecimento de medicamentos.

A análise do problema acerca do fornecimento de medicamentos envolve, portanto, o estudo sobre o direito à saúde e por decorrência dos direitos sociais, cuja efetivação e reconhecimento como direitos subjetivos apresenta peculiaridades próprias, notadamente por exigirem os direitos sociais, em grande medida, recursos financeiros sempre limitados para sua realização.

E é justamente a escassez de recursos que impõe uma análise detida do fornecimento de medicamentos, de sorte que não há como fugir da conclusão de que a proliferação de decisões assegurando o fornecimento de medicamen-

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura e mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

tos e tratamentos médicos implicará a redução ou mesmo impossibilidade de implementação de políticas públicas que visem exatamente ao mesmo fim, mas com caráter coletivo.

Portanto, o que se buscará demonstrar é que os direitos sociais são de fato dotados de efetividade, ou seja, é necessária sua implementação através de políticas públicas.

Mas importa frisar que a atuação do Poder Judiciário deve se pautar em termos subsidiários na implementação dos direitos sociais; necessário, portanto, configurar-se uma omissão não justificável do Poder Público para fundamentar e legitimar decisões judiciais que assegurem individualmente direitos sociais, pois do contrário haverá irremediável prejuízo coletivo para a realização plena destes mesmos direitos sociais.

Desta feita, especificamente no tocante ao direito à saúde é preciso ter presente o caráter regionalizado do Sistema Único de Saúde, o que implica dizer que existe uma distribuição de atribuições entre os diversos entes federativos para a efetivação do direito à saúde e, portanto, não possui lastro constitucional a utilização genérica do princípio da solidariedade dos entes federativos para a imposição de obrigações àqueles entes que não disponham de atribuição no fornecimento de medicamentos e prestação de serviços de saúde que não se incluam em sua esfera de pertença.

Quer com isto afirmar que o dever de realização do direito à saúde não só enfrenta limitações orçamentárias, sendo imprescindível a observância da autonomia dos entes federativos, evitando-se, com isto, a imposição de obrigações através de decisões judiciais àqueles que por disposição legal não são os responsáveis pela prestação do serviço de saúde, pois, por vezes, ocorre de ser um dos entes federativos condenado a prestar determinada atividade de saúde ou fornecer específico medicamento que já é oferecido ou prestado por outro ente federativo sem a necessidade de tutela jurisdicional.

O assim proceder é injustificável e não encontra respaldo constitucional, como se demonstrará; ao contrário, antes de contribuir para a efetivação dos direitos sociais, acarreta sua limitação, na medida em que gera um prejuízo coletivo para fins de garantir um direito individual.

Com o escopo de estudar o tema proposto, será feita, inicialmente, uma análise sobre o gênero direitos sociais, apresentando suas especificidades e classificações, para em seguida passar à abordagem constitucional do direito à saúde, inclusive verificando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, para, finalmente, tecer considerações finais sobre o fornecimento de medicamento, perpassando pelos princípios instituidores do Sistema Único de Saúde e disposições normativas sobre a divisão de atribuição entre os diversos entes federativos.

## 2. Características e classificações dos direitos fundamentais

O reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito, cuja característica foge daquela apresentada pelos Estados liberais que objetivavam apenas a garantia de liberdades públicas, ou seja, Estados cuja configuração buscava evitar a interferência estatal na esfera privada dos indivíduos, cuja finalidade última era apenas assegurar o direito à igualdade em um aspecto meramente formal.

A superação do Estado Liberal decorreu do reconhecimento de que a garantia formal da liberdade e da igualdade não justificou a superação das desigualdades substanciais existentes na sociedade.

A característica, portanto, do Estado Democrático de Direito é assegurar um mínimo de igualdade material aos indivíduos através da incorporação de direitos de caráter social que demandam uma atuação positiva do Poder Público.

Na realidade, o conceito de Estado Democrático de Direito deve ser entendido como um conceito novo, no qual, além dos elementos componentes do Estado Social e do Estado de Direito, apresenta o componente da alteração das estruturas sociais, ou como afirma José Afonso da Silva *“um componente revolucionário de transformação do status quo”*<sup>2</sup>.

Portanto, insito no conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de construir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º da Constituição Federal), a partir da participação do povo, diretamente ou através de representantes eleitos democraticamente (art. 1º, § único, da Constituição Federal), pluralista no sentido de conviverem no seio da sociedade ideias conflitantes, imantado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Referido Estado, portanto, para além da mera organização administrativa do Estado, apresenta uma profunda incorporação de valores na Constituição Federal, além de prioridades e objetivos públicos a serem atingidos pelo Estado com o escopo de assegurar a justiça social.

Esta conotação de Estado retira-lhe o caráter de um fim em si mesmo, para apresentar um caráter humanista e modificador das estruturas sociais, configurando-se como um meio para o bem-estar do homem<sup>3</sup>.

Ganha relevo, pois, neste Estado, através da incorporação de valores na Constituição imantados pelo princípio da dignidade humana, a consideração de que passa a ser a valorização do ser humano em si mesmo o fundamento último a ser atingido, configurando-se, portanto, a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Ana Paula de Barcellos num axioma ontológico e num comando jurídico, i.e., *“as pessoas têm uma dignidade ontológica e devem ter condições de existência compatíveis com essa dignidade, aí se incluindo a liberdade de se desenvolverem como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livrem da indignidade (...). E assim deve ser não apenas porque isso é desejável, justo e bom, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina”*<sup>4</sup>.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, através da incorporação de valores e determinação de fins, não descarta a legalidade, haja vista ser este seu fundamento, mas incorpora dentre as finalidades da lei um papel transformador de realidades sociais e econômicas da sociedade.

Quer dizer que o Estado pretende não só garantir direitos sociais e liberdades individuais, mas assegurar sua consecução através da transformação social, apresentando o Estado, a partir desta conotação, não mais um papel passivo de mero espectador da realidade cujas intervenções limitem-se a evitar violações de direitos individuais.

2 Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª edição. São Paulo: Malheiros editores, p. 119.

3 Barcellos, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

4 Idem, p. 29-30.

Ao contrário, prende-se ao papel do Estado a incorporação da ideia de tratar-se de agente transformador da sociedade; associa-se a seu conceito, portanto, a figura de direção da sociedade e não por outra razão também qualifica-se a Carta Política desta forma de Estado como Constituição dirigente<sup>5</sup>.

Como afirma José Afonso da Silva “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”<sup>6</sup>.

O Estado, portanto, representa uma evolução do conceito do Estado liberal, pois se apresenta o poder público como ator, ou seja, instrumento da superação das opressões sociais, e isto implica a ampliação de suas atividades interventivas na vida econômico e social, através da realização de atuações diretas e indiretas que ficavam à margem do papel do Estado.

Esse processo evolutivo do Estado através de atuações frequentes na vida econômica e social caracteriza o que José Afonso da Silva caracteriza como um processo de democratização sucessiva, na medida em que o conceito de democracia, como simples sufrágio universal e participação comunitária na formação na vontade geral, desnuda-se no conceito de democracia social que implica também uma crescente participação da vontade popular na vida econômica do país, com subsequente diminuição da esfera individual em proveito do coletivo<sup>7</sup>.

Nítida, portanto, na Constituição Federal de 1988, a superação do liberalismo clássico, na medida em que se ampliou o papel de Estado objetivando a realização de valores sociais que implicam, por que não dizer, profundas transformações sociais e realçam a necessidade de atuação do Estado através da ampliação de sua presença na vida social e econômica, como modo de evitar os abusos de poder econômico e garantir a eficiência do sistema de mercado sempre tendo em atenção a busca da justiça social.

Incorpora, portanto, no Estado Democrático de Direito brasileiro um conjunto de princípios de direitos econômicos e sociais que constitui o conteúdo social da Constituição, de onde vem o conceito de “Constituição dirigente” já mencionado.

Assim, caracteriza-se a Constituição de 1988 como modelo de Constituição dirigente na medida em que “define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”<sup>8</sup>.

Convivem, portanto, no Estado Democrático de Direito, além de objetivos e valores a serem atingidos através da conformação da sociedade, tanto direitos de defesa como direitos à prestação, os quais são espécie do gênero direitos fundamentais que podem ser conceituados, nas palavras de Ingo Sarlet:

*“como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas*

5 Nas palavras de Canotilho “a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente fixada e aceite, aspira, torna-se a dimensão visível de um proeto de justo comum e de direção justa” (Canotilho, Joaquim José Gomes. *A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributos para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 22).

6 Afonso da Silva, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p. 122.

7 Afonso da Silva, Jose. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 136.

8 Opus cit., p. 136-137.

*da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no artigo 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrente do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)”<sup>9</sup>.*

São inúmeras as classificações apresentadas aos direitos fundamentais; para fins deste estudo será apresentada a classificação de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual distingue os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestação.

Os direitos fundamentais de defesa, segundo o autor, geram obrigação de abstenção por parte do poder público; são direitos negativos, revela-se no espectro do *status negativus* e/ou *status libertatis* e engloba direitos à vida, liberdade, políticos, parte dos direitos sociais. Os direitos fundamentais a prestações objetivam não apenas a “liberdade – autonomia” mas a “liberdade por intermédio do Estado”, do que depende uma postura ativa do Estado para a consecução deste direito. Estes direitos enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração ou dimensão e são fruto do processo da evolução do Estado de Direito para o Estado democrático e social de Direito que se consagrou apenas neste século<sup>10</sup>.

Os direitos fundamentais a prestação, por sua vez, admitem outra subclassificação: como direitos a prestações materiais ou direitos a prestações normativas, do que decorre que os direitos a prestações não se limitam a direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas. Consideram-se, portanto, os direitos a prestação normativa como direitos de proteção e participação que apresentam um *status negativus*, assemelhando-se aos direitos próprios de defesa do Estado de Direito ao passo que os direitos a prestações materiais, também entendidos como direitos a prestação estrito senso são aqueles que demandam atuação positiva do poder público através de prestações materiais e se encontram vinculados primordialmente ao Estado Social<sup>11</sup>.

Ainda no âmbito dos direitos a prestação, pode ser feita a distinção entre direitos a prestação derivados e direitos a prestação originários. Os direitos a prestação derivados compreendem o direito de igual acesso a instituições criadas pelos poderes públicos, ao passo que os direitos originários a prestação são aqueles que asseguram aos indivíduos o fornecimento de prestação estatal, ainda que inexistente um sistema prévio de oferta destes bens e serviços e que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que o consagram<sup>12</sup>.

Portanto, de acordo com a classificação apresentada acima, observa-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser entendidos exclusivamente como direitos a prestações materiais, como p. ex. os direitos trabalhistas e sindicais, da mesma forma que nem todos os direitos à prestação são direitos sociais.

9 Sarlet, Ingo Wolfgang, Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia, p. 11

10 Idem, p. 14-15.

11 Ibidem, p. 16.

12 Ibidem, p. 16-17.

Desta forma, de acordo com Sarlet, os direitos sociais não se vinculam a direitos a prestações materiais do Estado, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma categoria social, como no caso dos direitos dos trabalhadores. A denominação de direitos fundamentais sociais “encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantias de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja de proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas”<sup>13</sup>.

Portanto, os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional obedecem a uma dialética de complementariedade, pois ambos se baseiam na concepção de que “a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios”<sup>14</sup>.

### 3. O direito à saúde

O direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas.

No âmbito internacional, a proteção do direito à saúde é observada no Pacto de Direitos Políticos, Econômicos e Sociais e, portanto, assegurou-se no âmbito internacional o direito à saúde:

*“Artigo 12 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.*

*2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:*

*a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.*

*b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.*

*c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.*

*d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.*

<sup>13</sup> Ibidem, p-20.

<sup>14</sup> Sarlet, Ingo, opus cit. P. 20.

O direito à saúde, portanto, compreende a atuação estatal através de condutas preventivas e sanitárias, como também compreende o dever de criação de condições que assegurem assistência médica e serviços médicos em casos de enfermidade.

Trata-se, portanto, de direito cujo âmbito de atuação vai além do tratamento do ser humano enfermo, embora seja nestas hipóteses em que a necessidade de assegurar-se o exercício pleno deste direito mostre-se mais incisivo.

Este, porém, é apenas um dos seus aspectos, pois não há como se entender o direito à saúde desvinculado na necessidade de se assegurar condições sanitárias e de meio ambiente saudável como explicita o Pacto dos Direitos Políticos, Econômicos e Sociais.

Observe-se que na constituição da Organização Mundial da Saúde, em seu preâmbulo, é estabelecido que a saúde consiste no completo bem-estar físico e mental e não apenas na ausência de enfermidades ou infecções.

No mesmo documento também ficou assentado que o gozo do grau máximo de saúde a que se pode atingir é um dos direitos fundamentais sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica e social, tendo sido dado relevo à importância da assunção de desenvolvimento e fornecimento de saúde para todos os povos em razão do perigo comum decorrente de detrimientos de condições de saúde.

De fato, a inexistência de políticas de âmbito internacional para o controle de doenças infectocontagiosas é geradora de riscos de disseminação das doenças, pois não há como se manter restrito a um povo determinadas infecções e doenças, de forma que o documento de constituição da Organização Mundial da Saúde revela o dever de atuação conjunta de todos os povos para a realização plena do bem-estar físico e mental de todos os povos em relação de solidariedade.

Por conseguinte, é nítido o caráter universal e indivisível do direito à saúde, como exemplar de direito fundamental social.

A universalidade decorre da necessidade de extensão universal dos direitos, tendo como único requisito para tanto a condição de pessoa para sua titularidade, ao passo que a indivisibilidade destes direitos decorre de serem condição para o exercício dos direitos civis e políticos, gerando uma interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais<sup>15</sup>.

Como direito de caráter social com características prestacionais, por seu turno, apresenta o direito à saúde um conteúdo econômico, na medida em que dependente de políticas públicas a serem implementadas pelos Estados para assegurar-se seu gozo, de forma que a plenitude da garantia do exercício deste direito demanda investimentos, o que justifica uma realização progressiva até o limite dos recursos disponíveis e esta circunstância foi expressamente prevista no Pacto de Direitos Sociais, Políticos e Econômicos<sup>16</sup>:

*“Artigo 2º – 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como*

15 Piovesan, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional e comparado*. Organizador: Sarlet, Ingo Wolfgang – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 238-239.

16 Idem, p. 245. Conforme anota Flávia Piovesan, os signatários do Pacto têm obrigação jurídica de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, mas ao contrário dos direitos civis e políticos o Pacto Internacional concebe uma realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais até o máximo de seus recursos.

*pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.*

A admissão do exercício progressivo do direito à saúde não descaracteriza referido direito como direito fundamental da pessoa humana, apenas constata-se, em atenção à realidade social, que a prestação dos serviços de saúde para assegurar-se a todos os povos seu exercício não pode apresentar um caráter utópico, mas voltar-se para a realidade social e orçamentária de cada Estado.

Da mesma forma, o caráter progressivo da realização do direito à saúde nos termos do Pacto acima mencionado não implica a possibilidade da inércia estatal em relegar referido direito para momento futuro, postergando sua realização, pois realização progressiva implica atuação concreta, apenas se admite não ser exigível de forma imediata o caráter ideal de plenitude de acesso aos mais desenvolvidos mecanismos de prestação, o que não se confunde com não fornecimento de qualquer serviço de saúde.

Na Constituição Federal de 1988 incorporaram-se os conceitos acima apresentados, assegurando-se o acesso universal igualitário aos serviços de saúde:

*“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”.*

*“Art. 196. 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”.*

Fixou o legislador constituinte, portanto, a existência do dever estatal na prestação de políticas que visem assegurar a redução de doenças, assim como fincou o dever estatal de prover a recuperação daqueles que por algum motivo não estiverem na plenitude de seu bem-estar físico.

Ao Estado impõe-se, portanto, um dever de atuação preventiva no sentido de políticas públicas que objetivem assegurar aos indivíduos condições de desenvolver-se física e mentalmente saudáveis em sua plenitude.

Para Fernando Aith referida necessidade de atuação preventiva do Estado é uma das características do denominado princípio da segurança sanitária que incorpora tanto a necessidade de “redução dos riscos existentes nas atividades humanas que são desenvolvidas na sociedade e que podem, de alguma forma, afetar a saúde”, i.e., problemas de poluição e de comportamentos sociais (como o tabagismo e alcoolismo), mas também se estende à necessidade de medidas de redução de risco relativas à própria “execução de atos médicos em geral (infecções hospitalares, capacidade técnica dos responsáveis pelos atos médicos em geral, etc.)<sup>17</sup>”.

<sup>17</sup> Aith, Fernando. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p 229.

O caráter preventivo do direito à saúde, pois, correlaciona-se com outros direitos fundamentais sociais e individuais e a título de exemplo dos primeiros pode-se citar não só o dever de assegurar-se os direitos previsto no artigo 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal como também o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, de sorte que assegurar o direito à saúde implica atender ao princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Por sua vez, deve também o Estado garantir a recuperação daqueles acometidos de doenças físicas ou mentais através da prestação direta dos serviços públicos de saúde.

A atuação estatal deve se pautar pelos princípios estabelecidos pelo legislador constituinte sobre o tema, ou seja, deve atuar observada a universalidade e igualdade no fornecimento dos serviços de saúde.

Entende-se por universalidade a cobertura e tratamento através de todos os meios disponíveis e a igualdade no direito ao acesso de todos sem qualquer distinção ou discriminação.

#### 4. A efetividade do direito à saúde

Em decorrência do caráter universal do direito à saúde, urge analisar a efetividade dos direitos sociais em decorrência das peculiaridades próprias que apresentam por se tratar de espécie de direito prestacional que demanda atuação positiva do Estado para seu gozo.

De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, as normas de direitos fundamentais podem ser classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que decorrem diretamente do texto constitucional, sendo desnecessária qualquer atuação positiva do legislador e, portanto, gera de forma imediata direito subjetivo público de exigir a prestação ou abstenção estatal, ou nas palavras do autor, são "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situação, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular"<sup>18</sup>.

As normas de eficácia contida são aquelas cuja possibilidade de geração de efeitos é imediata e decorrem diretamente do texto constitucional, mas admite-se sua redução de aplicabilidade através de atuação do legislador infraconstitucional. São normas, portanto, "em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais"<sup>19</sup>.

Por fim, as normas de eficácia limitada são "todas aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão"; por conseguinte, "são normas de aplicabilidade indireta, mediata

18 Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, 2008: Malheiros editores, 7ª edição, p. 101.

19 Idem, p. 116.

e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes<sup>20</sup>.

A eficácia limitada da norma não permite classificá-la como norma não autexecutável ou sem aplicabilidade, apenas a sua aplicabilidade plena demanda a atuação do legislador ordinário.

Distingue o autor as normas constitucionais de eficácia limitada em dois grupos: as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípios programáticos.

As normas de princípio institutivo são aquelas que estabelecem princípios gerais de organização e estruturação dos órgãos da administração pública, são consideradas como normas de eficácia limitada porque sua executoriedade plena depende da atuação do legislador infraconstitucional, o que não significa serem destituídas de eficácia, pois se as normas constitucionais são confirmativas da situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, mas se traçam estruturas novas ou contrárias às existentes revogam as normas com ela incompatíveis<sup>21</sup>.

Da mesma forma, estas normas não são destituídas de aplicabilidade, mas tão somente sua aplicabilidade plena depende de ulterior promulgação de lei integrativa.<sup>22</sup>

As normas programáticas, por sua vez, nas palavras de José Afonso da Silva; são "aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado"<sup>23</sup>.

As negativas na implementação dos direitos sociais encontram substrato no caráter programático e na baixa densidade normativa dos direitos sociais que, por conseguinte, não gerariam direito subjetivo aos indivíduos de exigirem do Estado sua implementação.

Ao tecer considerações sobre esta interpretação sobre as normas programáticas na 7ª edição de sua obra, José Afonso da Silva reafirma que sua concepção acerca destas normas não implica a ideia de que não sejam autênticos direitos, de imediata aplicabilidade<sup>24</sup>. Segundo o autor, trata-se de normas de grande importância teleológica ao atribuir fins do Estado, instaurando um regime de democracia substancial conforme ditames da justiça social.

A despeito de quase a totalidade das normas programáticas exigir a emanção de outros atos, daí não se pode concluir pela "não preceptividade" da norma, na medida em que a disciplina é obrigatória e suas diretivas não são meros convites ao legislado.

Portanto, "isso significa repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como simples direitos legais" e continua o já mencionado autor citando Canotilho:

20 *Ibidem*, p. 83.

21 *Ibidem*, p. 132.

22 *Ibidem*, p. 135.

23 *Ibidem*, p. 138.

24 *Idem*, p. 141.

*“a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em ‘simples direitos legais’, pois que são originários a prestações, fundados na Constituição e não direitos a prestações fundados em lei; ‘os direitos subjectivos a prestações, [prosegue] mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados [embora não juridicamente, diz ele] contra as omissões inconstitucionais do legislador. A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos a prestações análogas) pode e deve ser interpretada no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador”<sup>25</sup>.*

Por conseguinte, a pretensão jurídica fundada num direito subjetivo transita da exigência de uma omissão dos poderes públicos, no sentido de ausência de interferência nos direitos individuais, para a proibição da omissão dos poderes públicos<sup>26</sup>.

Não há como ignorar que a implementação de direito à saúde implica necessariamente a atuação através de políticas públicas; do que decorre a necessidade da disponibilidade orçamentária de recursos para tanto.

Portanto, o caráter universal na prestação de serviços de saúde deve ser visto com *granus salis*, ou seja, a universalidade deve ser atendida em observância aos recursos disponíveis, quer orçamentários, quer materiais decorrentes do desenvolvimento tecnológico existente, mas não se faculta a omissão do Poder estatal.

Justifica-se, portanto, a implementação progressiva das políticas públicas atendendo-se ao que se denominou reserva do possível, ou seja, existência de recursos materiais disponíveis, assim como a reserva do financeiramente possível, v.g., disponibilidade orçamentária existente<sup>27</sup>.

Estas circunstâncias aparentemente impediriam o entendimento de que o direito à saúde seria gerador de direitos subjetivos públicos, de forma a justificar a omissão estatal na prestação do serviço e impedir a atuação do Poder Judiciário a respeito por tratar-se de matéria discricionária do Poder Legislativo em razão da legislação orçamentária e do Poder Executivo por se tratar de implementação de políticas públicas.

A doutrina, entretanto, tem entendido que hipóteses há em que o exercício do direito social implica assegurar-se a garantia do mínimo existencial, ou seja, a esfera mínima de direitos cujo exercício é imperativo para a existência

<sup>25</sup> Ibidem, p. 144-145.

<sup>26</sup> Ibidem 145.

<sup>27</sup> Ana Paula Barcellos apresenta concepções diversas para a reserva do possível, segundo a autora: “sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular” (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 263).

digna da pessoa humana, de tal sorte que o reconhecimento de direito subjetivo originário a prestações deverá estar vinculado ao exercício imprescindível das liberdades fáticas.

O mínimo existencial, neste contexto, significaria assegurar-se a eficácia de direitos sociais que justificam e permitem o pleno desenvolvimento do ser humano, permitindo o pleno desenvolvimento do princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a inexistência de meios de fruição material do mínimo existencial implicaria a violação do princípio.

Para Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental, quais sejam, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência dos desamparados e o acesso à Justiça<sup>28</sup>.

Nessa linha de princípios, para Sarlet:

*“em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipótese em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Gomes Canotilho, que, na esfera do padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão somente um direito subjetivo ‘prima facie’, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada”<sup>29</sup>.*

Nestas hipóteses, portanto, existiria o direito subjetivo de exigir-se a prestação estatal do necessário para assegurar-se a existência digna, ao menos de acordo com o mínimo necessário<sup>30</sup>.

Portanto, ainda que o direito à saúde demande a atuação positiva estatal, não significa dizer tratar-se de direito sem eficácia, na medida em que cria posições jurídico-subjetivas de vantagem, ainda que limitadas.

Este é também o entendimento de Clémerson Merlin Clève para quem a eficácia dos direitos sociais se traduz

*“no respeito ao mínimo existencial (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente*

28 Barcellos, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., p. 288.

29 Sarlet, Ingo Wolfgang, Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia, p. 37.

30 Robert Alexy fundamenta o mínimo existencial no direito à igualdade e não na dignidade da pessoa humana, por entender o autor a dignidade humana não oferece padrão minimamente controlável: “o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática”. (Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 427/428).

*incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir este mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio de disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito”<sup>31</sup>.*

Nesta linha de entendimento, afigura-se o posicionamento jurisprudencial do E. Supremo Tribunal Federal no exame do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715-5- São Paulo, de 22 de novembro de 2005, cujo relator foi o Min. Celso de Mello cujo excerto do v. Acórdão segue transcrito:

*“É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário (...) a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...) pois, neste domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Direito Administrativo e Políticas Públicas, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.*

*Impende salientar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.*

*Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível (...) notadamente em sede de implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.*

*Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá*

31 Clève, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, p. 38.

*razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política,*

*Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).*

*Cumpra advertir, desse modo, (...) que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.*

Indiscutível, portanto, que a saúde básica enquadra-se na seara do mínimo existencial. No entanto, a cada decisão individual que assegura determinado tratamento médico especializado ou fornecimento de drogas decorre um custo e este custo irá passar necessariamente pelo desatendimento de uma outra gama de pessoas que igualmente necessitam de atendimento de saúde, tornando necessária a readequação orçamentária, não obstante o argumento não possa servir de substrato para a negativa genérica na garantia da fruição do direito.

Consagrou, portanto, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento acima mencionado, a existência do direito público subjetivo decorrente de direitos sociais o que, por si só, afasta a argumentação da previsão constitucional destes direitos consubstanciarem-se em normas sem eficácia.

Reconhece-se, assim, a eficácia de direitos sociais indispensáveis à preservação das condições materiais mínimas de existência, inclusive assentando que argumentações de cunho econômico-financeiro são insuficientes para obstar o exercício destes direitos.

Por outro lado, delimitou-se que a atuação do Poder Judiciário no reconhecimento da obrigação estatal na prestação de direitos sociais só é legítima em hipóteses excepcionais e quando configurado o intento doloso, arbitrário e censurável do Poder Público em criar obstáculo artificial ao exercício do direito que deve estar “impregnado de um sentido essencial fundamentalidade”.

Manifestamente justificável a atuação apenas em caráter excepcional, visto que o implemento de políticas públicas é de responsabilidade de outros Poderes e a implementação por decisão judicial de direitos sociais é geradora de custos que implicará, por relação causal, o descobrimento orçamentário de outra parcela de políticas públicas igualmente necessárias e essenciais.

Da mesma forma, deve ser obstada qualquer atuação do Poder Judiciário na hipótese de inexistir omissão dolosa ou intento fraudulento dos demais Poderes em assegurar a implementação do direito à saúde e neste aspecto mostra

de especial relevo a análise da questão do fornecimento de tratamento médico e remédios através de decisões judiciais.

Na realidade, uma jurisprudência que tenda para a irrestrita concessão individual de pleitos relacionados a direitos prestacionais acaba por gerar um efeito paradoxal de impedir uma implementação mais ampla dos próprios direitos sociais.

Qualquer decisão judicial relativa a direitos sociais prestacionais, como o fornecimento de medicamentos, apresenta um custo para os cofres públicos e o erário não dispõe de recursos a "fundo perdido", ou seja, é falaciosa e desvinculada da realidade fática a conclusão de que os recursos existem, mas apenas estão mal empregados.

Conquanto possam ser comprovados eventuais desvios de emprego de recurso público, o argumento da inadequação de seu emprego sem embargo de dúvidas não pode ser implementado pelo Poder Judiciário para justificar a concessão irrestrita de pleitos individuais relativos a direitos prestacionais, pois não ostenta legitimidade democrática para realizar escolhas sobre a implementação de políticas públicas e o assim proceder, na verdade, antes de favorecer a efetividade dos direitos sociais, configura-se em um freio à implementação ampla aos direitos sociais, o que, inclusive, acaba por gerar situações de desigualdade entre aqueles que dispõem do acesso ao judiciário e aqueles que não possuem as mesmas possibilidades.

Em se tratando de saúde pública, ao ser imposta judicialmente a obrigatoriedade de implementação de um tratamento em hospital privado de elevada especialidade ou imposição de fornecimento de medicamentos de alto custo de forma individual, acaba-se por elevar os beneficiários destas decisões a uma situação de superioridade em relação aos demais que não dispuseram da mesma oportunidade de acesso ao judiciário, acaba-se, portanto, sob a pretensão de efetivar um direito social, por criar uma situação de desigualdade odiosa que, na verdade, implicará a eterna impossibilidade dos cidadãos com menos recursos de disporem dos melhores tratamentos médicos.

Não há como virar o rosto à realidade de que um sem-número de pessoas, nos bolsões de pobreza deste país, sequer dispõe de tratamentos mais básicos de saúde e a imprensa se encarrega de diariamente noticiar a situação calamitosa da saúde pública, ocorre que, a cada deslocamento de verbas orçamentárias para atendimento de pleitos individuais, em nada se favorece a melhoria das políticas públicas de saúde, ao contrário, agrava-se a situação.

O que dizer, a título de exemplo, de uma imposição judicial a um pequeno município de 10.000 habitantes de arcar com um tratamento médico de alta especialidade em hospital privado por vezes localizado em outro Estado da federação.

Referida situação hipotética implicaria total exaustão de verbas orçamentárias anuais que haviam sido destinadas para ser aplicadas em serviços de saúde pública. O que dizer, então, aos outros 9.999 habitantes desta mesma cidade que, por força da imposição do tratamento de alto custo a um de seus habitantes, viram-se despidos de qualquer possibilidade de obtenção de tratamento básico para doenças simples que por vezes são decorrentes da própria situação de miserabilidade em que vivem.

Com maestria resume Canotilho esta situação ao afirmar que "uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refracções sociais, pode, afinal, ser uma jurisprudência que, encapuçadamente, se recusa a olhar de frente para o direito à igual dignidade social (e não apenas para a dignidade da pessoa humana), o direito à igualdade distributiva, o direito ao

desenvolvimento da personalidade, o direito a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais”<sup>32</sup>.

De fato, ao se impor uma obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo em favor de um único indivíduo sob o manto da efetivação do direito da dignidade da pessoa humana, acaba-se por favorecer a não implementação da dignidade social, a qual é a visão de conjunto da mesma dignidade que se pretende assegurar de forma individual.

O problema, portanto, é que a implementação dos direitos sociais devem ter por prioridade a visão do conjunto e não a individual, para com isto se garantir a plena igualdade ao mesmo sistema de saúde pública a todos os cidadãos.

É evidente que em uma situação ideal haveria de todos os cidadãos terem acesso ao que há de mais moderno em termos de tratamentos de saúde e medicamentos, mas esta não é a realidade fática em que estamos inseridos.

Inexistem recursos para proporcionar a todos tratamento de alta especialização e, por conseguinte, não há como se permitir a apenas alguns referido tratamento.

As objeções a este entendimento viriam do argumento de que estaríamos, portanto, a propugnar que o tratamento de alta tecnologia da especialidade médica ficaria restrito àqueles providos de grandes recursos financeiros, ao passo que a população desprovida de recursos ficaria sempre sujeita a tratamentos ultrapassados.

Esta não é, contudo, a forma com que interpretamos a situação proposta.

Embora não se olvide sobre a existência de desigualdades sociais, o que não se admite é a desigualdade ser patrocinada pelo Estado, ou seja, o inadmissível é permitir o tratamento médico com custos públicos a apenas alguns indivíduos em detrimento dos demais, pois se não há como fornecer a todos o que idealmente seria o melhor, ao menos seria possível proporcionar a um maior número de pessoas aquilo que é faticamente realizável, ainda que eventualmente se trate de um tratamento médico menos eficiente, pois desta forma favorecer-se-ia uma maior facilidade de acesso da população ao menos ao tratamento básico disponível com os recursos financeiros disponíveis, pois atualmente sequer estes tratamentos básicos de saúde são usufruídos por grande parcela da população.

Ou seja, enquanto todos os cidadãos não tiverem disponível no sistema público de saúde ao menos um tratamento médico básico, não é possível pretender assegurar a apenas alguns, sob o argumento de se estar preservando o direito da dignidade da pessoa humana, um tratamento especializado de alto custo.

O fato é que as conclusões acima são mais simples de serem atingidas, no âmbito acadêmico, situação em que não se está defronte a uma situação fática.

O dilema a que se encontra submetido o Magistrado ao lhe ser proposta a questão da necessidade de um tratamento especializado ou mesmo de fornecimento de um medicamento de alto custo é gerador de profundos conflitos morais, pois naquele caso concreto vê-se diante da possibilidade real de um ser humano vir a apresentar sofrimentos físicos ou mesmo morrer na eventual hipótese de negativa do tratamento.

O Magistrado é um ser humano, e sua atuação ao interpretar a lei não é mera atividade subsuntiva e declaratória.

<sup>32</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

A interpretação é fenômeno de concretização e não de declaração, de tal sorte que qualquer interpretação jurídica está imbuída dos valores do intérprete, na medida em que este não pode captar o conteúdo da norma desde um “ponto arquimético situado fora da existência histórica”, senão através da concreta situação histórica em que se encontra, situação esta que terá dilapidado os contornos de seus hábitos mentais, condicionado seus conhecimentos e preconceitos<sup>33</sup>.

Conforme Celso Bastos o “intérprete nunca será absolutamente neutro. Aquele vazio a que se referiu acima é preenchido em grande parte com preconceitos, valores, visões pessoais do aplicador da lei. O Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete”<sup>34</sup>

Por mais que o intérprete se afie a métodos hermenêuticos com o escopo de atingir uma interpretação neutra, esta nunca vai efetivamente existir, pois sempre no resultado da interpretação estará uma parcela dos valores do próprio intérprete.

Diante de uma situação concreta em que se pleiteia tratamento de saúde privado cujos custos serão arcados pelos cofres públicos não há como se pretender eliminar todo e qualquer conflito moral do julgador diante da possibilidade efetiva da negativa do pedido implicar a morte do indivíduo.

Os conflitos morais dos seres humanos são maiores diante da proximidade física do indivíduo que sofrerá as consequências de nossas ações, ou seja, na medida em que o julgador se vê próximo fisicamente do destinatário de sua decisão aumentam seus conflitos morais e, por consequência, maiores seus sentimentos de responsabilidade para com o destino do outro.

É mais fácil ver o outro como um igual quanto mais próximo dele nos encontramos e é justamente por isto que diante de uma situação de urgência referente à implementação de um tratamento de saúde requerido individualmente afigura-se menos conflituoso moralmente conceder a tutela jurisdicional, ainda que com isto se acarrete a um número maior de pessoas a impossibilidade de obtenção de outros tratamentos mais básicos e menos custosos.

Esta situação foi descrita e comprovada por Stanley Milgram, psicólogo de Yale, cujos resultados foram publicados, em 1974, na obra *Obedience to Authority: An Experimental View*. Concluiu o autor que a distância física afigura-se em proporcionalidade inversa ao sofrimento moral decorrente de nossa conduta, ou seja, é mais difícil infligir sofrimento a uma pessoa que vemos e tocamos, mas tão mais fácil é fazê-lo se não temos com ela qualquer contato físico, se não a vemos.<sup>35</sup>

O distanciamento social implica, portanto, a redução do senso de responsabilidade acerca das implicações de nossos atos.

Conforme afirma Bauman “a responsabilidade é silente, uma vez desgastada a proximidade; pode eventualmente ser substituída pelo ressentimento, uma vez o cossujeito humano seja transformado num Outro”<sup>36</sup>. A indiferença moral, portanto, é tanto maior quanto menor for a proximidade do ator ao resultado de seus atos, pois segundo Bauman:

*“A capacidade visual do impulso moral, limitada como é pelo princípio da proximidade, permanece constante, enquanto cresce rapidamente a distância em que a ação humana pode*

33 Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (Selección)*. Madrid: Livraria dos Advogados Editora, 1983, p. 44.

34 Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002, p. 47.

35 Bauman, Sygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1996, p. 182.

36 Idem, p. 213.

*ser efetiva e conseqüente e, portanto, também o número de pessoas em que a ação humana pode ser efetiva e conseqüente e, portanto, também o número de pessoas que podem ser afetadas por tal ação. A esfera de interação influenciada pelos princípios morais é encolhida em comparação com o volume crescente de ações subtraídas à sua interferência”<sup>37</sup>.*

Por conseguinte, as situações concretas postas à mesa dos juízes diariamente nos pleitos referentes a fornecimento de saúde importam em inevitáveis conflitos morais tanto maior for a urgência da medida, ou seja, tanto maior o risco da negativa do pedido implicar riscos de morte àquele que requer a medida, maiores serão as implicações morais decorrentes, sendo inviável admitir, salvo em âmbito estritamente teórico e enviesado, a possibilidade de plena neutralidade diante de uma situação como esta.

E tanto menores as regulamentações, ou seja, inexistentes parâmetros legislativos claros para balizar as sentenças nestes temas atinentes à tutela individual do direito à saúde, mais difícil aos juízes negarem os pedidos, ou seja, no confrontar entre a situação individual daquele que se visualiza, ainda que através do processo, e frente à possibilidade longínqua de causar entraves na implementação de políticas públicas, a proximidade física da primeira situação causará maiores conflitos morais.

Isto, contudo, não pode ser entendido como populismo judicial; ao contrário, o populismo visa angariar apoio das massas e seus fins são escusos, ou seja, a obtenção de poder ao custo da desinformação da população e não há como se iligir ao Poder Judiciário referida adjetivação nas hipóteses em que, através de pleitos individuais, venham a ser fornecidos medicamentos ou tratamentos médicos de elevados custos, pois nestes casos o objetivo imediato é o amparo a uma situação individual em que existentes riscos reais de morte e que implicam inevitáveis conflitos morais decorrentes da proximidade física e da possibilidade imediata de causar danos irreparáveis a um ser humano, ainda que esta postura analisada em um contexto global de efetivação dos direitos sociais não possa ser considerada a mais adequada.

Em síntese, portanto, o atendimento dos pleitos individuais em matéria de direito à saúde deve apenas amparar situações de efetiva omissão dolosa do Poder Público na execução de políticas públicas, ou seja, diante de uma situação concreta em que a efetivação progressiva do direito social à saúde está sendo feita em conformidade aos recursos disponíveis, não deve ser acolhida a demanda individual.<sup>38</sup>

## 5. A problemática do fornecimento de medicamentos

Tem se tornado corriqueira a impetração de mandado de segurança em face das unidades federativas objetivando o fornecimento de medicação e tratamento médico especializado sob o argumento da negativa estatal em prestá-lo.

Indiscutível, nos termos da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, que a negativa dolosa e injustificável na prestação de tratamento

<sup>37</sup> Idem, p. 222.

<sup>38</sup> Cf. Moro, Fernando. O Judiciário e os direitos fundamentais sociais, in *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1. 1ª edição, 2ª tiragem, 2006. Curitiba: Juruá Editora, p. 291.

médico especializado e medicamentos configura em obstáculo artificial para o exercício de direito que se tratando de direito à saúde é indubitavelmente impregnado de essencialidade.

Ocorre que a demonstração da negativa dolosa dos Poderes Públicos na garantia do exercício do direito à saúde básica nem sempre está devidamente caracterizada e ganham relevo as hipóteses de tratamentos médicos de grande complexidade e remédios altamente custosos que por vezes são de fornecimento ordinário por uma das unidades de federação, notadamente a União, mas o Poder Judiciário acaba por condenar outra unidade federativa, no mais das vezes o Município, em seu fornecimento sob o argumento da existência de solidariedade dos entes federativos.

Quer dizer, ainda que haja previsão de fornecimento do medicamento por uma das unidades federativas têm ocorrido, com frequência, manifestações judiciais impondo a obrigação de fornecimento do mesmo medicamento a outras unidades federativas.

Ocorre que o assim proceder implica inobservância do artigo 198 da Constituição Federal que estabelece: "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único...".

A unicidade do sistema previsto pela Constituição Federal deve ser entendida em seus devidos termos e não como solidariedade dos entes federativos que justificaria a todos fornecerem a mesma qualidade de medicamentos e tratamentos criando situação de sobreposição e gastos em duplicidade.

Inconteste o dever do Estado em prestar e assegurar o exercício dos direitos sociais, mas em se tratando de um Estado federal com unidades federativas distintas não pode se impor a cada uma delas o mesmo dever de prestação de atividades de outras e no caso específico de medicamentos e tratamentos médicos referido entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos tem significado a penalização do ente mais frágil, ou seja, o Município, entendida referida fragilidade em menores disponibilidades orçamentárias.

O fato é que não há solidariedade no que diz respeito à prestação de serviços de saúde de tal sorte a autorizar a exigência do direito à saúde de forma indiscriminada de qualquer dos entes federativos.

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, que contempla a competência material comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de assegurar o direito à saúde (art. 23, II, da Constituição Federal), não conflita com o disposto no artigo 198 da Constituição Federal que estabelece a prestação de serviços de forma regionalizada<sup>39</sup>.

Portanto, estabelecida a regionalização da prestação dos serviços públicos de saúde afasta as conclusões enviesadas de solidariedade, ou seja, é inconteste o dever de assegurar o direito à saúde a todos os entes federativos, ocorre que a par do caráter progressivo da prestação destes direitos, mostra-se compatível com o estado federativo a divisão de competências para sua prestação.

39 De acordo com Fernando Aith o "princípio da regionalização do SUS representa uma forma avançada de descentralização das ações e serviços de saúde na medida em que organiza as ações do Estado não só puramente através da descentralização política – que atomiza as competências e ações dentro dos territórios de cada ente federativo – mas também através de uma organização fundada na cooperação entre esses diversos entes federativos para que se organizem e juntem esforços rumo à consolidação de um sistema eficiente de prestação de ações e serviços públicos de saúde". (Aith, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 355).

Por conseguinte, a demonstração de previsão legislativa impondo a outra unidade da federação o dever de fornecer o medicamento ou prestar o serviço não permite antever o caráter doloso, arbitrário e censurável do Poder Público e, portanto, não se justifica a intervenção do Poder Judiciário.

Repise-se, o caráter regionalizado e hierarquizado do sistema único de saúde, conforme expressa previsão constitucional, não permite a conclusão de se tratar de solidariedade entre os entes federativos o fornecimento de qualquer espécie de medicamento ou tratamento médico especializado, o que de forma alguma conflita com a conclusão de que o Estado como um todo unitário deve de fato assegurar o direito à saúde em seu aspecto universal; todavia, tratando-se de uma federação, justifica-se a distribuição de atribuição entre os diversos entes através de regionalização e hierarquização do sistema como forma a assegurar-se o direito que a toda evidência depende de substrato econômico-financeiro e a atenção a existência da disponibilidade do objeto<sup>40</sup>.

Ademais, a regionalização atende ao *Princípio da Eficiência* da administração pública, expressamente referido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, cuja finalidade é justamente orientar a atividade administrativa no sentido de conseguir a otimização de resultados com os escassos recursos que dispõe<sup>41</sup>.

Conforme a lição de Fernando Aith a regionalização dos serviços públicos de saúde objetiva assegurar a equidade e a diretriz descentralizadora dos serviços de saúde configura mecanismo fundamental para a efetivação do direito à saúde, em especial para a implementação da universalidade do acesso e para a redução de iniquidades<sup>42</sup>.

Portanto, não se está a negar que direitos sociais prestacionais são capazes de gerar direitos subjetivos que justifiquem a obtenção frente ao Estado da prestação obstada por ausência de meios fáticos que assegurem seu exercício; ocorre que conferir o caráter de direito subjetivo público a direitos sociais não permite fazer tábula rasa dos demais dispositivos constitucionais sem a observância de uma interpretação sistemática.

Ao conferir ao Sistema Único de Saúde o caráter hierarquizado e regionalizado fixou-se a possibilidade de estabelecimento de responsabilidades próprias a cada um dos entes federativos pela efetivação do direito à saúde, de forma que o Estado (gênero), como um somatório dos demais entes federativos, garanta o direito social à saúde em sua plenitude.

Em atenção a este caráter regionalizado e hierarquizado do sistema público de saúde editou-se a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, cujo objetivo é regulamentar o já citado artigo 198 da Constituição Federal visando regular em todo território nacional as ações e serviços de saúde.

40 A despeito da afirmação de que inexistente solidariedade entre os entes federativos, fato é que a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal reconheceu tratar-se de responsabilidade linear de todos os entes federativos, conforme excerto do Acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio no RE nº 19592/RS: "Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida crianças e adolescentes. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios". No mesmo sentido já pronunciou-se o E. Superior Tribunal de Justiça conforme se observa no Agravo de Instrumento nº 713.004- SC: "(...) A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda (...) (STJ, rel. Min. José Delgado, d.j. 1 de fevereiro de 2006).

41 Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 671.

42 Aith, Fernando. Op. cit., p. 227.

## 6. Análise da legislação infraconstitucional – O Sistema Único de Saúde (SUS) na Lei 8.080/90

Dentre os princípios estabelecidos no artigo 7º da Lei 8.080/90 destaca-se por sua relevância: 1) a universalidade de acesso aos serviços de saúde; 2) integralidade de assistência; 3) preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; 4) igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; 5) direito à informação, às pessoas assistidas, sobre a saúde; 6) divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário; 7) participação da comunidade; 8) *descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde*; e 9) *organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos*.

Observe-se que nos itens 7 e 8 acima mencionados verifica-se exatamente a diretriz do legislador constituinte, qual seja, a existência da regionalização e hierarquização dos serviços de saúde objetivam, na verdade, evitar a duplicidade de meios para fins idênticos o que é justificável como forma de organização e equalização orçamentária dos entes federativos, pois irrealista supor a existência de fontes ilimitadas de recurso que permitam olvidar-se da necessidade de se extrair ao máximo duplicidades de meios para consecução de fins idênticos.

É justamente com este escopo que existe uma regionalização no fornecimento dos medicamentos, a qual é explicitada pela Portaria MS/GM nº 3916, de 30 de outubro de 1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos.

Em linhas gerais, ficaram estabelecidas as atribuições dos diversos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos com destaque para o papel dos estados com relação a medicamentos de dispensação excepcional<sup>43</sup>, ficando a cargo do município o fornecimento de medicamentos essenciais que se encontram no RENAME<sup>44</sup>, restando à União além da cooperação técnica e financeira com os demais entes federativos adquirir e distribuir produtos em situações especiais que se encontram definidos no Capítulo 3 da Política Nacional de Medicamentos.

Por conseguinte, o estabelecimento de atribuições distintas aos diversos entes federativos no tocante ao fornecimento de medicamentos consiste em atividade de planejamento própria do exercício de políticas públicas e, portanto, encontra respaldo legal e constitucional não podendo ser interpretada como mecanismo que objetive esquivar-se o Poder Público de seu dever de assegurar o pleno exercício de tão relevante direito social.

De acordo com Gilberto Bercovici,

*“o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma interven-*

43 A lista de medicamentos de dispensação excepcional encontra-se na Portaria GM nº 2.577, de 27 de outubro de 2006.

44 A RENAME significa a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e considera como integrantes do relação de medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que delas necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. Referida conceituação pode ser encontrada na apresentação da Política Nacional de Medicamentos.

*ção conjuntural ou casuística. O plano é expressão da política geral do Estado. É mais que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações”<sup>45</sup>.*

Os frequentes pronunciamentos jurisprudenciais, inclusive de Cortes Superiores, em que se reconhece a solidariedade de todos os entes federativos no fornecimento de medicamentos apenas podem ser considerados justificáveis nas hipóteses de inexistência de política pública que estabeleça qualquer sorte de distribuição de atribuições entre eles, configurando uma atividade omissiva que pode ser imputada ao Estado (gênero).

Diversa, entretanto, a hipótese em que há a previsão do fornecimento do medicamento por um dos entes federativos, situação em que a condenação de forma solidária de todos eles implicará o desatendimento do comando constitucional de regionalização dos serviços e, por conseguinte, do Princípio da Eficiência, acarretando a duplicidade de meios para busca dos mesmos fins.

Em conclusão, portanto, tem-se por indiscutível o caráter essencial do direito social à saúde, o qual é gerador de direito subjetivo e admite efetivação através de manifestações do Poder Judiciário nas hipóteses de omissão do Poder Público, sem com isto violar o princípio da separação de poderes ou da reserva de iniciativa do Poder Legislativo em matéria orçamentária, haja vista que o direito à saúde é integrante do núcleo mínimo existencial.

Não se pode olvidar, contudo, que os direitos prestacionais materiais demandam políticas públicas e dispêndios econômico-financeiros, por conseguinte, a determinação através do Poder Judiciário para seu fornecimento deve encontrar respaldo em omissão dolosa do Poder Público na efetivação dos direitos sociais, o que afasta a possibilidade de imputação de responsabilidade em hipóteses em que haja ausência absoluta de recursos.

É justamente por esta razão que ao existir previsão de fornecimento de medicação ou tratamento médico especializado por um dos entes da federação que se afasta a configuração do dolo omissivo do Poder Público na garantia do exercício do direito prestacional, de forma que, havendo imposição de fornecimento do mesmo medicamento ou do mesmo tratamento médico especializado através de ordem judicial, implicará duplicidade de meios para garantia dos mesmos fins e nesta hipótese, portanto, não se justifica a condenação daquele que não apresenta no rol das atribuições da Política Nacional de Medicamentos o dever de cumprir com a obrigação.

## 7. Conclusão

Dentro de uma conotação de Estado social de direito é imprescindível assegurar e garantir o exercício dos direitos fundamentais sociais, os quais são dotados de efetividade no sentido de proibição de omissão do poder público.

A exigência de prestação do Poder Público através de tutelas individuais

<sup>45</sup> Bercovici, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 69-70.

para assegurar-se o exercício de direitos sociais de conotação econômica como o direito à saúde, contudo, deve ser analisada dentro de um contexto de limitação de recursos financeiros, o que, não obstante não seja um argumento plausível para uma omissão dolosa por parte do Estado no fornecimento de medicamentos, justifica apreciar a regionalização da prestação dos serviços de saúde como instrumento para assegurar a eficiência da administração pública e garantir a plena universalização dos direitos sociais prestacionais.

## 8. Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

AITH, FERNANDO. *Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

BARCELLOS, ANA PAULA. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BAUMAN, ZYGMUM. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CLÈVE, CLÉMERSON MERLIN. A eficácia dos direitos fundamentais sociais in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, p. 28-39.

HESSE, KONRAD. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Livraria dos Advogados Editora Ltda. 1983.

MORO, FERNANDO. O Judiciário e os direitos fundamentais sociais, in *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PIOVESAN, FLÁVIA. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, e comparado*/ Organizador: Sarlet, Ingo Wolfgang – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, INGO WOLFGANG. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Vol. n. 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia.



## Considerações sistemáticas sobre o princípio da vinculação do juiz no processo penal

**Christopher Alexander Roisin<sup>1</sup>**

Juiz de Direito substituto no Estado de São Paulo

129

**RESUMO:** O presente artigo é fruto do exercício da magistratura no Estado de São Paulo, à frente de Varas Criminais, nas quais o princípio da identidade física do juiz em sede de processo penal, ainda pouco debatido pela doutrina e pouco apreciado pelas cortes brasileiras, é enfrentado pelos juízes de primeiro grau diariamente. Cuidou-se de expor o procedimento oral no qual se insere o princípio da identidade física do juiz, inicialmente, em matéria de processo civil, descrevendo sua evolução histórico-legislativa em breves linhas para, ao depois, cuidar deste princípio na seara penal, não em termos teóricos, desde há muito analisados pela doutrina, que clamava pela sua inserção no processo criminal, mas pragmáticos em relação à nova legislação. Em seguida, apresentaram-se os princípios constitucionais envolvidos e, com base neles, formularam-se interpretações à nova lei a respeito da identidade física do juiz na seara processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procedimento oral – Princípio da identidade física do juiz – celeridade processual – imparcialidade – interpretação sistemática.

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Público pela EPD e em Direito Tributário pela UniFMU.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O procedimento oral no processo civil. 2.1. O princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Civil. 3. Princípio da identidade física do juiz no processo penal. 3.1. A nova legislação e os princípios constitucionais envolvidos. 3.2. As possíveis interpretações do princípio em tela. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

## 1. Introdução

O presente artigo busca interpretar em breves considerações o “novel” princípio da identidade física do juiz aplicável ao processo penal, analisando-o sob critérios sistemáticos e à luz do regime constitucional.

Primeiro, cuidar-se-á de analisá-lo resumidamente em matéria processual civil, partindo-se do princípio da oralidade no qual se insere, apresentando sua evolução histórico-legislativa, isto porque sua formulação em termos processuais civis é, muitas vezes, utilizada para explicar o conteúdo, em extensão e intensidade, do princípio correlato em sede processual penal.

A seguir, apreciar-se-á sua definição legal, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, cotejando-a com os princípios informadores do processo penal (*ius libertatis*, *ius puniendi* e razoável duração do processo), a partir dos quais se a interpretará.

O presente ensaio visa afastar-se da conclusão óbvia de aplicação analógica das regras e conclusões de processo civil à seara penal, com vistas a desvendar, científica e pragmaticamente, o correto conteúdo do mesmo princípio aplicado a campos diversos do conhecimento jurídico, governados por regimes jurídicos distintos, de modo que embora seja o mesmo não são iguais.

## 2. O procedimento oral no processo civil

O princípio da identidade física do juiz pressupõe os princípios da imediação e da concentração dos atos processuais e é corolário da oralidade do procedimento.

“*Processo oral* é o sistema em que os atos processuais se realizam de modo a propiciar o contato do juiz com as fontes de prova e com as alegações das partes, com vistas à captação mais autêntica dos elementos com base nos quais julgará”<sup>2</sup>.

O sistema processual oral depende, para ser eficaz, da realização dos princípios que o compõem e lhe dão substância, são eles: a imediatidade entre o juiz e a prova oral; a concentração dos atos processuais (audiência una); a irrecorribilidade das decisões interlocutórias; e a identidade física do juiz.

Ao presente estudo importa aprofundar a análise do princípio da identidade física do juiz, como revelador e realizador da oralidade do procedimento processual.

Todavia, é de se destacar que a vontade da lei, a norma verdadeira que se retira de seu texto, é tornar a audiência criminal una, adotando o princípio da concentração dos atos processuais. Nesse sentido os artigos 399 *caput* e 400 *ca-*

<sup>2</sup> Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 450.

put, do Código de Processo Penal (“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.”; e “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”).

A exceção à unidade da audiência encontra-se na hipótese da colheita de provas por carta precatória (art. 222, CPP).

## 2.1. O princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Civil<sup>3</sup>

O princípio da identidade física do juiz estabelece que o magistrado que presidiu a audiência de instrução, vale dizer, que colheu a prova oral, deverá sentenciar o processo. Cuida-se de uma consequência lógica do procedimento oral, aliado à imediatidade e à concentração.

“Para prestigiar a *oralidade no procedimento*, o Código de Processo Civil dita a regra da *identidade física do juiz*, que dela é corolário (...). A redação de seu art. 132 não é das mais claras (*o juiz que concluir a audiência julgará a lide*) mas, em face das conhecidas construções doutrinárias em torno do instituto, entende-se (a) que **um só juiz deve colher toda a prova oral**, sem que, nos limites da vinculação, possa outro prosseguir na tomada de prova já iniciada; b) que somente o juiz que colheu a prova oral em audiência é competente para proferir sentença. Essas duas proposições, somadas, constituem reflexo da advertência de que **a realização de atos orais só podem caracterizar um processo oral na medida em que o julgamento seja proferido por aquela mesma pessoa que teve contato com as fontes da prova oral** (testemunhas, partes, eventualmente peritos).”<sup>4</sup> [g.n.]

Nas palavras de Giuseppe Chiovenda, comentando o procedimento oral: “É claro, com efeito, que **tanto a oralidade quanto a imediatidade são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas**; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio de escritura, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito em relação ao julgador.”<sup>5</sup> [g.n.]

No longínquo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 (“Regulamento 737”), o princípio da identidade física do juiz estava, de algum modo, ainda incipiente, presente (Art. 127<sup>6</sup>).<sup>7</sup>

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, afirmava o então Ministro da Justiça Francisco Campos:

3 O presente item é baseado na obra: Athos Gusmão Carneiro. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 21/37.

4 Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 558.

5 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, São Paulo: Saraiva, 1969, nº 309, p. 53/54.

6 “Art. 127. Posta a causa em prova, assignar-se-ha na mesma audiência uma só dilação de vinte dias, e esta dilação correrá independentemente de qualquer citação.”

7 f. *Audiência de Instrução*... p. 81-82.

“O princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos autos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decide o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou da sua eficácia em relação aos pontos debatidos.”<sup>8</sup>

Neste último diploma legal, o princípio vinha encartado no artigo 120, cuja redação segue:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Se, iniciada a instrução, o juiz falecer, ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário.”

Indiscutível, em termos teóricos, a perfeição do texto e sua finalidade, mas sem qualquer pragmatismo, o que gerou inconvenientes narrados na história das Cortes Brasileiras, incabíveis neste ensaio<sup>9</sup>.

O Código de Processo Civil de 1973 repetiu a regra, porém com outra redação, buscando afastar os inconvenientes da anterior, como demonstra sua exposição de motivos, de lavra do Ministro da Justiça Alfredo Buzaid:

“Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O CPC se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema processual oral, não só no que toca ao princípio da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria. A exceção aberta à regra confirma-lhe a eficácia e o valor científico.”<sup>10</sup>

A exposição de motivos é elucidativa quanto ao valor que o princípio carrega e suas dificuldades de implementação. Cuida da matéria o artigo 132 do Código de Processo Civil, cuja redação original segue *ipsis litteris*:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.”

O texto, igualmente como demonstra a história, trouxe incontáveis inconvenientes, sendo alterado pela Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993, quando passou a ter a redação atual:

8 Apud. *Audiência de Instrução...* p. 33.

9 Cf. op. cit. pp. 29/49.

10 Op. Cit. p. 35.

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

Com o objetivo declarado de aplacar os transtornos e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, fixou-se o marco da vinculação do juiz como sendo o encerramento da instrução, desde que, por óbvio – antecedente lógico –, tenha havido a colheita de prova oral, independentemente de sua qualidade ou quantidade.

O verbo utilizado é concluir, no sentido de – repita-se – encerrar a instrução, vale dizer, terminar a colheita da prova oral.

Este dispositivo, mais das vezes, vem sendo utilizado para dar conteúdo e forma ao princípio correlato em matéria de processo penal, o que, respeitados posicionamentos divergentes, não se afigura a melhor solução, nem tampouco a mais técnica, embora assim, a um primeiro olhar, pareça (em razão da analogia legis permitida pelo sistema processual penal – art. 3º, CPP).

### 3. Princípio da identidade física do juiz no processo penal

A aplicação do princípio da identidade física do juiz em matéria penal é reclamo antigo da doutrina, sobretudo em teses defensivas, na medida em que referido princípio, antes da reforma processual, não era aplicável.<sup>11</sup>

Sobre o tema, Antônio Alberto Machado: “(...) se há um tipo de processo ao qual se deve aplicar o princípio da identidade física do juiz é exatamente o processo penal, porque é no âmbito dele que são julgadas as questões de maior gravidade para a vida do indivíduo e da sociedade, questões que envolvem direitos e liberdades fundamentais (...). Além do que, é o processo penal aquele que está mais intensamente comprometido com a verdade histórica dos fatos, portanto, são as decisões produzidas nele que frequentemente dependem de uma proximidade maior do juiz com a prova dos autos, avaliando as reações

11 “HABEAS CORPUS. O FATO DE HAVER O SUJEITO PASSIVO DO DELITO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, DESISTIDO DA QUEIXA OU PERDOADO, NÃO IMPLICA NA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (CRIME DE ESTELIONATO), E, EM SE TRATANDO DE AÇÃO PÚBLICA, MOVIMENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SERIA A ESTE VEDADO DESISTIR DO PROSSEGUIMENTO DA MESMA. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AO REVÉS DO QUE PRECONIZA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO ADOTA O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E DA SENTENÇA. O DISPOSTO NO ART. 502 PAR. 2., DAQUELE CÓDIGO, É DE ORDEM FACULTATIVA E NÃO IMPERATIVA.” [g.n.] (RHC 33519, Relator(a): Min. Sampaio Costa, Primeira Turma, julgado em 27/04/1955, ADJ DATA 03-12-1956 PP-02285 EMENT VOL-00223 PP-00692 EMENT VOL-00223-02 PP-00692); HABEAS-CORPUS; SUA CONCESSÃO. EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL, NÃO HÁ FALAR EM CONTINUIDADE DE COMPETÊNCIA POR ECONOMIA DE JUÍZO E É DISPENSADA A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ PROCESSANTE E JULGADOR.” (HC 36718, Relator(a): Min. Nelson Hungria, Tribunal Pleno, julgado em 08/07/1959, EMENT VOL-00397-04 PP-01480 RTJ VOL-00010-01 PP-00236) “EMENTA; HABEAS CORPUS - SENTENÇA CRIMINAL. NO PROCESSO PENAL NÃO VIGORA O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. É NULA A SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ APÓS DEIXAR O EXERCÍCIO DA VARA CRIMINAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO.” [g.n.] (RHC 42387, Relator(a): Min. Evandro Lins, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/1965, DJ 18-08-1965 PP-\*\*\*\*); “CRIME DO ART. 281 DO CÓDIGO PENAL. I. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE E DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 356 E 282. II. NULIDADE DO AUTO DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E DO FLAGRANTE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 563 E 566 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. III. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS OU PROVAS, PORQUE INTEMPESTIVOS OS REQUERIMENTOS OU IRRELEVANTES PARA O ESCLARECIMENTO DA VERDADE. QUESTÃO QUE ENVOLVE REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA, VEDADO PELA SÚMULA 279. APLICAÇÃO DOS ARTS. 563 E 566 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IV. PRINCÍPIO DE IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ; INEXISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL. V. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” [g.n.] (RE 80376, Relator(a): Min. Eloy Da Rocha, Primeira Turma, julgado em 03/06/1975, DJ 15-08-1975 PP-\*\*\*\*); e “1. O C.R.PENAL NÃO IMPOE QUE O JUIZ DA INSTRUÇÃO CRIMINAL SEJA O MESMO DO JULGAMENTO. 2. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE ELA SOFRE DEFEITOS QUE A NULIFICAM. IMPROCEDÊNCIA. 3. PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS INDEFERIDA.” [g.n.] (HC 58795, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/1981, DJ 12-06-1981 PP-05716 EMENT VOL-01216-01 PP-00139).

emocionais e o comportamento do réu no interrogatório, a franqueza e a credibilidade das testemunhas, a sinceridade e as emoções da vítima do crime etc.”<sup>12</sup>

O princípio da identidade física do juiz em matéria penal é indispensável sobretudo se se considerar que a prova criminal ainda é e talvez sempre o será, em sua maior parte, oral. O crime como fato social é apreendido pelas pessoas por seus sentidos humanos (visão, audição, olfato, paladar e tato); e estas pessoas que conheceram do fato precisam ir a Juízo narrar o que sabem, vale dizer, o que captaram com seus sentidos. A adoção do princípio da identidade física do Juiz é salutar, pois “a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece.”<sup>13</sup>

A reforma processual penal promovida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe para o processo penal a aplicação deste princípio, nos seguintes termos: artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal: “Art. 399. (...) § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Nota-se, à primeira imagem, que a regra não foi contemplada por exceções, cuja omissão poderá ser compreendida como um *silêncio eloquente* do legislador ou mero esquecimento criador de lacuna legal a permitir a integração do sistema jurídico, por intermédio da analogia *legis*, tendo em vista que a matéria é regulada em outro ramo do direito processual como adiantado.

Em razão da omissão legislativa, pronuncia-se a doutrina pela aplicação subsidiária da regra respectiva aplicável ao processo civil: “A referida disciplina, porém, não pode ser vista com exageros, pois seria impossível, em todas as situações, que o mesmo juiz que colheu a prova venha a sentenciar o feito. Haverá hipóteses em que será impossível, física (morte) ou juridicamente (aposentadoria), que o mesmo magistrado que colheu a prova venha a julgar. Assim, como o texto legal não trouxe disciplina sobre a questão, entendemos aplicável o art. 132 do CPC por analogia (art. 3º, CPP), aplicando-se ao processo penal as exceções previstas naquele artigo.”<sup>14</sup> No mesmo sentido de Guilherme de Souza Nucci.<sup>15</sup>

A solução, talvez, não seja exatamente esta, não no que se refere às exceções, mas, sobretudo, quanto ao marco de fixação da vinculação, que no processo civil é o *concluir* a instrução, ou seja, o seu encerramento.

A regra da identidade física do juiz, agora contida no processo penal, ressalte-se, deve ser aplicada a todos os procedimentos criminais, na forma e por força do § 5º, do artigo 394, do mesmo diploma legal, *ipsis litteris*: “§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.”

Diante do exposto, conclui-se que a vontade da lei, o desejo da reforma processual penal, foi prestigiar os princípios da concentração e da imediatidade, com o estabelecimento de audiência una (concentrada) para o início e fim da instrução, inclusive com a prolação de sentença após os debates orais, salvo nas causas complexas ou naquelas que envolverem número considerável de

12 *Curso de Processo Penal*. Ribeiro Preto: Legis Summa, 2007, p. 138. Apud: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 286.

13 René Ariel Dotti. O interrogatório à distância, Brasília: *Revista Consulex*, nº 29, p. 23. Apud. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. in *Revista da ESMP* - ano 1, n 1, vol. 2, p. 49-66, julho/dezembro-2008, p. 61.

14 Nova reforma ..., mesma página.

15 *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 720/721.

rés (art. 400, § 3º, CPP), de modo que o processo penal – cuja prova é mais das vezes oral – é procedimento igualmente oral, em contrapartida ao procedimento processual escrito.

Adotando o modelo de procedimento oral, seus princípios componentes (imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias) devem ser aplicados objetivando o fim para os quais existem, isto é, satisfazer ao procedimento oral e alcançar os seus benefícios.<sup>16</sup>

### 3.1. A nova legislação e os princípios constitucionais envolvidos

O regramento do princípio da identidade física do juiz no processo penal estabelece que o juiz que colheu as provas orais deverá, em regra, sentenciar o feito, em face da norma contida no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal:

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que **presidiu a instrução deverá proferir a sentença.**” [g.n.]

Note-se que sua formulação vale-se de fórmula diferente daquela contida no Código de Processo Civil, tendo se valido o legislador de verbos diferentes para cuidar do mesmo princípio: i) *presidir*; e ii) *concluir*. Cuidar do mesmo princípio por fórmulas diferentes significa conferir regimes jurídicos distintos ao mesmo primado, o que é plenamente possível e ocorre entre diversos institutos de direito privado, quando comparados com seus respectivos no direito público e vice-versa, por exemplo.

Nas palavras do Ministro Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua ou este, juridicamente nulo”.<sup>17</sup>

Assim, não se deve preferir a interpretação mais cômoda àquela que conferir ao instituto jurídico seu verdadeiro e preciso alcance.

Sob outro aspecto, a interpretação do princípio da identidade física do juiz não pode afastar-se do texto constitucional, no qual encontra o seu fundamento de validade e o qual contém o princípio positivado da razoável duração do processo, nos seguintes termos:

<sup>16</sup> A questão da oralidade no processo civil foi assim tratada por José Joaquim Calmon de Passos, que lamentou “a cruel deturpação que os tribunais, mal aparelhados em todos os sentidos, e os advogados que os acompanham vêm fazendo da oralidade do CPC”, afirmando que os debates orais que pós-seguem à fase instrutória, se limitavam “à apresentação (nem mesmo a leitura se usa mais) de memoriais previamente escritos, fazendo-se conclusão dos autos ao juiz para seu julgamento”. Narrou ainda que nunca tivera oportunidade “de ver uma instrução e julgamento finalizar com uma audiência. Nunca tive a felicidade de ver um juiz fixar os pontos controvertidos da causa. Nunca assisti a um debate oral verdadeiros. Nunca ouvi ser prolatada uma sentença em audiência.” (*Da revelia do demandado*. Ed. de 1960, nº 41, p. 109, apud. *Audiência de Instrução...*, p. 126-127). Assim não se passa todavia, havendo magistrados que fixam os pontos controvertidos e que proferem sentenças em audiências. As questões dos debates orais – atualmente previstos no Código de Processo Penal – são bem cuidadas por Athos Gusmão Carneiro, na obra citada às pp. 121-132, referindo-se ao processo civil.

<sup>17</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 166.

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” [g.n.] (art. 5º, CR).

A regra legal, hierarquicamente inferior à norma constitucional, com ela deve compatibilizar-se, em verdadeiro exercício de interpretação conforme a Constituição.

Afora essas considerações – quais sejam: redações díspares e razoável duração do processo, que deve ser mais efetiva na seara penal, na qual está em jogo o *ius libertatis* –, deve-se analisar o tema, também sob o prisma do juiz natural, como decorrência do devido processo legal.

Isso porque o valor do juiz natural, umbilicalmente ligado com a *perpetuatio iurisdictionis*<sup>18</sup>, não pode ser combatido por regra legal, a permitir o direcionamento de processos por via oblíqua, nem sempre em favor do interesse público.<sup>19</sup>

Presentes essas considerações propedêuticas e brevíssimas, passar-se-á a cuidar das várias possibilidades de interpretação da norma contida no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal.

### 3.2 As possíveis interpretações do princípio em tela

O dispositivo admite seis interpretações possíveis, a saber:

a) a primeira, que vê na norma processual penal disposição idêntica àquela do Código de Processo Civil, aplicando-se-lhe, inclusive, as exceções à vinculação contidas no Código de Processo Civil, indistintamente – que não foram ressalvadas pela regra legal processual penal, em verdadeira ampliação de norma excepcional mitigadora do princípio-regra.

Neste caso, onde se lê: *que presidir* para que se amolde ao regime jurídico processual civil, que se fosse o desejo do legislador, teria copiado a fórmula existente desde 1973 na redação original do Código de Processo Civil, posteriormente modificada em 1993.

Não parece a solução pretendida pela legislação que objetivou, nitidamente, a rápida solução da lide penal, unificando a audiência de instrução, concentrando os atos processuais, inclusive com prolação de sentença (regra). Teleologicamente a legislação buscou que o juiz, na fragrância da colheita da prova, proferisse sua decisão ao final dos debates orais<sup>20</sup>, para que não perdesse as impressões pessoais decorrentes de sua colheita que lhe possibilitariam valorar

18 Cuida-se de fator de estabilização da competência do órgão jurisdicional.

19 “A garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função jurisdicional sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. Seu significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder: daí a ideia, sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos pelo juiz que já fosse competente ao momento em que praticado o ato a julgar.” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203).

20 “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. § 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. § 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. § 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.”

melhor a prova, sempre pautada em fundamentação expressa e contida nos autos (livre convicção motivada).

b) a segunda, que colhe da norma processual penal, princípio diverso daquele aplicável ao processo civil, segundo o qual, seria irrelevante quem encerrou a instrução, podendo julgar o feito qualquer juiz que tenha presidido uma audiência de instrução, ainda que para ouvir uma única testemunha, mesmo de antecedentes.

Esta interpretação prestigia mais a finalidade da lei, pois todos os juizes que entraram em contato com a prova oral, e dela retiraram impressões pessoais, poderiam julgar a lide.

A cisão na colheita da prova não é desejada pelo sistema, mas, ocorrendo, outorgaria vinculação a qualquer um dos magistrados que a colheu. O problema surge quando nem um deles for o juiz natural do Juízo, caso em que restará a pergunta: a quem deverá ser remetido o processo? A interpretação analógica com o Código de Processo Civil diria que àquele que encerrou a instrução, mas isso poderia ir – e por vezes vai – de encontro com o espírito da lei, pois a cisão da colheita da prova pode gerar o seguinte inconveniente: um juiz realiza a colheita inicial da prova ouvindo a vítima – única “testemunha” ocular e presencial – de um crime sexual praticado na alcova escura de local ermo, cuja palavra, mais das vezes, é mais reveladora, do que o último ato de interrogatório – exercício do direito natural de defesa –, colhido por outro magistrado, ambos em substituição ao juiz titular da Vara, afastado por férias ou qualquer outra razão.

c) a terceira, que vê na norma processual penal regra diversa daquela aplicável ao processo civil, porém admitindo-se a incidência de suas exceções ao princípio, como forma de garantir o valor da celeridade processual, em verdadeira analogia *legis* – incidindo na espécie o artigo 3º do Código de Processo Penal (“Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”) –, independentemente de se tratar de réu preso ou solto.

Esta interpretação prestigia o *ius libertatis* e o *ius puniendi*, aquele quando o réu estiver preso e este quando houver risco de prescrição da pretensão punitiva.

Note-se que tanto o réu como o Ministério Público são partes no processo penal, devendo receber tratamento igualitário, na medida em que o julgador – imparcial por natureza – deve conferir a ambos as mesmas oportunidades.

É certo que entre o *ius libertatis* – embora individual – e o *ius puniendi* – social, porque referente a toda a população – deve-se prestigiar o primeiro, em razão do valor da dignidade da pessoa humana, enquanto elemento primeiro da Constituição da República em matéria de direitos fundamentais (humanos), embora o inverso também se possa interpretar, em razão da técnica de ponderação na interpretação de princípios e valores constitucionais aparentemente colidentes, não se lhes aplicando a regra do tudo ou nada (“all or nothing” – Ronald Dworkin).

d) a quarta, idêntica à anterior, com a ressalva de que apenas em casos de réus presos é que incidiriam as exceções previstas na lei processual civil, em função do valor da liberdade, o que geraria um tratamento desigual entre as partes do processo penal.

É verdade que se prestigiaria a dignidade da pessoa humana, mas impedir que novo julgador conhecesse do processo em vias de prescrição – sobretudo se virtual, para os que a admitem – seria um desrespeito ao direito do Estado de perseguir o crime, uma verdadeira apologia à impunidade e um descaso com uma das finalidades da sanção, de repressão geral do crime.

e) a quinta, que depreende da norma princípio diverso do aplicável ao processo civil, segundo o qual quem colheu a *melhor prova* (entendida esta como as provas de fatos, referentes à autoria e materialidade e não às circunstâncias judiciais) deve julgar o feito. Esta interpretação, facilmente aplicável quando um julgador colheu toda a prova de fato e outro recebeu apenas prova das circunstâncias judiciais, é de difícil incidência fora do extremo indicado, porque muito subjetiva.

No plano teórico, talvez, fosse a melhor solução, na medida em que vai de encontro ao objetivo pretendido pelo legislador com a reforma do processo penal. A *mens legis* seria melhor alcançada se aquele que iniciou a instrução a concluísse – sendo o que se espera do sistema – sobretudo se decidiu o processo no momento em que recebeu toda a prova, mas este mesmo fim poderia ser alcançado quando, embora mais de um juiz tenha recebido a prova oral, um deles tomou contato imediato com todas as provas relativas à autoria e materialidade do crime e o outro recebeu oralmente apenas fatores relativos à personalidade, culpabilidade e comportamento social do agente ou da vítima.

Teoricamente, e.g., é possível que um juiz ouça a vítima, as testemunhas de acusação presenciais e interrogue o réu, sem encerrar a instrução, na medida em que faltaria ouvir testemunhas de defesa, mesmo contrariando a ordem do artigo 400 do Código de Processo Penal, com o aval da Defesa Técnica, por se tratarem, todas elas, de pessoas que nada sabem sobre o fato criminoso, mas que deporiam em juízo para os fins do artigo 59 do Código Penal. O primeiro magistrado, embora não tenha encerrado a instrução, certamente colheu a melhor prova e estará habilitado a julgar o fato (e não a pessoa) do que o segundo que a encerrou.

A adoção deste critério, afora do extremo, é difícil e sobretudo subjetiva, o que levaria a incontáveis controvérsias, de todo insanáveis, pois a melhor prova será aquela em que se baseou o julgador para decidir o feito de uma ou outra forma e, cada qual, poderá decidi-lo de um modo diferente, desde que fundamentadamente, em respeito à livre convicção motivada que governa a atividade jurisdicional.

De outro parte, a depender do crime, o reconhecimento pela vítima e sua palavra (primeiro ato da instrução) são a pedra angular da fundamentação (v.g. roubo na calada da noite, estupro, violência doméstica, etc.), em outras a melhor prova está no interrogatório do réu (último ato da instrução, v.g. crime de furto em que não há testemunhas oculares ou presenciais, mas o réu é encontrado em poder da *res furtiva*; crimes de injúria e difamação, etc.).

f) a sexta, que retira da norma comentada o princípio da identidade física apenas e tão somente quando o *caput* do artigo é cumprido integralmente pelo mesmo juiz, isto é, quando a audiência una pretendida pela reforma processual penal (arts. 399 e 400, CPP) for realizada integralmente, ainda que em sessões compartimentadas, mas presididas pelo mesmo juiz, uma vez que os parágrafos à cabeça do artigo se reportam (interpretação topográfica).

Por esta interpretação, a identidade física do juiz nasceria como consequência necessária e irrefutável da realização da audiência una como meio e forma de realização da colheita de prova oral, ou seja, realização do procedimento oral propriamente dito.

Isso porque, sendo a audiência una, um único juiz teria tomado contato, ainda que em momentos diferentes, com todos os elementos de prova existentes nos autos, estando, por isso, mais habilitado do que qualquer outro para proferir a decisão.

Assim, tendo participado mais de um juiz na colheita da prova, independentemente de quem haja encerrado a instrução, isto é, descumprido o desejo da audiência una, não haveria falar-se no princípio da identidade física do juiz, porque desrespeitado estaria o procedimento oral buscado pelo legislador reformador, pelo não cumprimento dos princípios da oralidade, da imediatidade e da concentração dos atos processuais, que informam e governam esta espécie de procedimento (escolhido pela legislação).

Cuida-se, ademais disso, de um critério eminentemente objetivo, que não geraria os conflitos subjetivos da interpretação anterior e permitiria a realização do valor da celeridade processual e do juiz natural.

Estas são as interpretações iniciais do dispositivo em comento.

#### 4. Conclusões

Presentes todas estas possibilidades, cremos que a interpretação correta do § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal, é a de que só há vinculação para o juiz que colheu *toda* a prova oral numa única audiência, ainda que seccionada. Inexistindo vinculação quando o magistrado não presidiu toda a instrução.

Trata-se de situação idêntica à das cartas precatórias (art. 222, CPP).

Com efeito, o juiz vinculado é aquele que presidiu a instrução por inteiro ou, havendo fracionamento da instrução (de todo indesejado pelo sistema), o juiz natural do feito e não o que encerrou a instrução, isto é, o juiz designado para officiar na Vara na qual tramita o processo, segundo as regras de organização judiciária, independentemente de quem concluiu a audiência, na medida da perpetuação da jurisdição, aplicável ao processo penal.<sup>21</sup>

Ainda segundo as considerações expendidas, estando o juiz vinculado ausente – vinculado porque colheu toda a prova oral –, independentemente da razão da ausência, estando o réu preso, a demora em seu julgamento se afiguraria inconstitucional (razoável duração do processo), de modo que qualquer magistrado designado para o Juízo no qual corre o processo, deve julgá-lo em tempo razoável, se for o caso.

É que a norma legal de vinculação não pode contrariar texto constitucional referente à celeridade.

O mesmo ocorre em sentido contrário, quando, mesmo estado solto o réu, o processo encontra-se à beira da prescrição da pretensão punitiva, em homenagem à máxima jurídica: *ubi eadem ratio, ubi eadem ius*, sob pena, pensando-se o contrário, de ferir o princípio da imparcialidade do juiz e da igualdade das partes.

Esta a interpretação sistemática das disposições aplicáveis à espécie, servindo o presente artigo para instigar o debate.

21 "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. INSTALAÇÃO DE NOVA VARA POSTERIORMENTE AO INÍCIO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ORDEM DENEGADA. 1. A criação de novas varas, em virtude de modificação da Lei de Organização Judicial local, não implica incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. 2. O art. 87 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal, leva à perpetuação do foro, em respeito ao princípio do juiz natural. 3. Ordem denegada." [g.n] (RHC 83181, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 22-10-2004 PP-00005 EMENT VOL-02169-02 PP-00336 LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 406-415).

## 5. Bibliografia

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1 e 2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. in *Revista da ESMP* - ano 1, nº 1, vol. 2, p. 49-66, julho/dezembro 2008.

## Marco Antonio Marques da Silva: um jurista da mesma origem do povo brasileiro

Antonio Rulli Junior<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Falar da origem do povo brasileiro é falar daquela brava gente que lutou corajosamente para daqui expulsar, em 1640, o exército holandês, a mais bem treinada e poderosa armada da Europa.

Foi a raiz do nosso primeiro exército, foi a origem do povo brasileiro, que nascia com aquela brava gente, formada pelas três raças: o índio, o português e o negro.

Não é demais lembrar as figuras do índio *Poty*, nascido no Rio Grande do Norte, batizado com o nome de Felipe Camarão; do branco André Vidal de Negreiros, filho de portugueses, nascido na Paraíba, e do negro Henrique Dias, filho de negros, nascido em engenho de açúcar, em Pernambuco, tendo, desde logo, Henrique Dias se notabilizado como um grande comandante das forças brasileiras, derrotando, na famosa batalha de Porto Calvo, com seu bravo povo, as excepcionais Armas de Holanda (*Vieira, Sermão "Pelo bom sucesso das Armas de Portugal contra as de Holanda"*, pregado na Igreja de Nossa Senhora da Ajuda, Bahia, em 1640, sermão considerado obra-prima universal pela força das ideias e veemência das palavras). Durante a Batalha de Porto Calvo, Henrique Dias foi atingido por um tiro de bacamarte na mão, que lhe inutilizou um dos braços. A vitória de Porto Calvo foi decisiva para a Batalha Final dos Guararapes.

Mas quem é Marco Antonio Marques da Silva?

Marco Antonio Marques da Silva nasceu em Itapetininga, interior do Estado de São Paulo, no dia 31 de dezembro de 1958. Filho de Benedito (eletricista) e Ce-

<sup>1</sup> Professor titular de Direito Constitucional, da Cidadania e de Direitos Humanos do Curso de Direito da UNIFMU, diretor da Escola Paulista da Magistratura e presidente do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (Copedem).

lina (professora primária), é o mais novo de três irmãos e desde cedo aprendeu a importância do estudo e do trabalho em virtude das vicissitudes que teve na vida.

No ano de 1964 morre seu genitor, quando ele e seus irmãos passam a ser criados por sua mãe, tendo uma infância com muitas dificuldades.

Aprendeu logo cedo com Gonçalves Dias que *“a vida é combate que aos fracos abate, aos bravos e aos fortes só pode exaltar”*.

Estudou em escola pública no curso primário, no ginásio e no colegial em sua cidade natal, trabalhando desde os 12 anos para ajudar na manutenção da casa, em diversas ocupações: engraxate, boia-fria, entregador de jornal e ajudante no comércio.

Embora não tenha feito curso preparatório para o vestibular, em 1977, Marco Antonio ingressa na Faculdade de Direito da PUC/SP, onde vem a se formar bacharel em Direito no ano de 1981, aos 23 anos de idade. Durante a graduação, trabalha desde o 1º ano para se sustentar em São Paulo, dividindo moradia com outros cinco amigos. Além do trabalho, faz estágios complementares para melhor aprender, passando o dia e parte da noite entre o trabalho e os estudos.

Durante a graduação, ainda contou com bolsa de estudos (crédito educativo), que foi por ele paga, integralmente, após a conclusão do curso.

Ao se formar, mercê de seus esforços, é aprovado no exame da OAB/SP e trabalha com ilustres Advogados, embora ainda de forma não estável.

Presta concurso e é aprovado como magistrado do Estado de São Paulo no ano de 1983, aos 25 anos de idade, vindo a ser Juiz Substituto da Comarca de São Carlos, trabalhando depois na Comarca da Capital, nas Comarcas de Mogi das Cruzes e de Diadema. É promovido a Juiz Titular da longínqua Comarca de Palmeira D’Oeste, onde um dia os nossos passos se cruzaram; Comarcas de Monte Alto, de Diadema, Juiz Auxiliar da Comarca da Capital e Juiz Titular da 3ª Vara Criminal Central de São Paulo; foi Juiz Convocado junto ao Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por mais de três anos, Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça, da 1ª Vice-Presidência e da Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em virtude de suas qualidades, Marco Antonio Marques da Silva foi o primeiro e ainda é o único juiz a ter sido convocado para funcionar junto a um Tribunal Superior, o que ocorreu no ano de 1994, como Juiz Assessor da Corregedoria Geral Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral em Brasília, convocação feita pelo então Corregedor do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Cid Flaquer Scartezini.

É Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na área da docência, Marco Antonio Marques da Silva é Professor Titular em Direito Processual Penal na PUC/SP, assumindo a cadeira deixada pelo Professor Doutor José Frederico Marques, onde realizou os cursos de Mestrado, Doutorado e Livre-Docência, Pós-Doutorado em Coimbra, lecionando há mais de 20 anos.

Em virtude de convite recebido, esteve por mais de quatro meses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde fez curso de pós-doutorado em Direito Penal Econômico e Europeu, obtendo o grau “muito bom”, maior índice de aprovação previsto naquela tradicional Universidade.

É autor de mais de 25 artigos e oito livros, inclusive versando sobre “Processo Penal e Constituição Federal” e também o “Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito”, este último resultado de sua livre-docência e prefaciado pelo Ministro Carlos Velloso, então Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se ainda a obra internacional, "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira", coordenada pelo nosso ilustre homenageado, juntamente com o Professor Doutor José de Faria Costa, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, reunindo mais de 40 juristas do Brasil e de Portugal, que foi lançada em São Paulo (em junho de 2006) e em Lisboa (em novembro de 2006). E mais recentemente, "Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana", coordenação de Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, lançado pela Quartier Latin, em 2008, em São Paulo e em Lisboa.

Além disso, é Coordenador-geral Pedagógico da Escola Paulista de Magistrados, Diretor Cultural e de Eventos da Academia Paulista de Magistrados, Diretor Adjunto de Assuntos Legislativos da Associação Paulista de Magistrados, Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo (categoria sócio-colaborador), Membro da Academia Paulista de Direito e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal, entre outras.

Marco Antonio é pessoa que acredita no trabalho e na oportunidade para todos, embora muitas vezes tenha sido preterido por não ter "nome" ou "sobrenome", já que é um "SILVA", como muitos brasileiros; de família humilde, sendo sua avó materna uma das primeiras professoras primárias de cor negra na região, enquanto seu avô era artesão em couro.

Do lado paterno, sua avó era dona de casa, filha de índios, e seu avô um pequeno lavrador.

Agora, todos se lembram de Henrique Dias, aquele negro que com o nosso povo, o índio e o branco, derrotou as poderosas Armas de Holanda e que, ao ser questionado por André Vidal de Negreiros, se lutaria em Guararapes, pois perdera um dos braços em Porto Calvo, respondeu de pronto que iria para a batalha final, tendo afirmado: "*Dois braços eu tivera, os dois eu daria pelo Brasil*".

Marco Antonio é dessa estirpe de gente, de povo brasileiro. Tem a mesma origem do povo brasileiro. Carrega o legado deixado por Castro Alves, amando o auriverde pendão da nossa terra: "*... que a brisa do Brasil beija e balança...*"

Sempre amou com orgulho e confiança a terra que o gerou: "*animo erecto atque fidenti diligam terram quem te peperisti...*" (Olavo Bilac).

Marco Antonio Marques da Silva passou diversas dificuldades, mas nunca desanimou ou deixou de ajudar o semelhante, inclusive por sua formação moral e católica, almejando sempre a construção de um mundo mais humano e justo.

Exemplo de mobilidade social, nunca se esqueceu de suas origens, dentro da humildade e do seu jeito sempre simples de ser o Magistrado, de ser o Professor, o que é a marca indelével de sua personalidade e que o caracteriza como cidadão exemplar.

É um lutador daqueles muitos ideais da Magistratura, é um lutador daqueles muitos ideais do Magistério, dos ideais de um homem justo que tira da jurisdição a ética do viver honestamente e do magistério todo o rigor científico e acadêmico, a força para ajudar os cidadãos desta terra, que tanto ama e que vem caracterizando a sua cultura invulgar e a inteligência viva e afiada de alguém, sempre tudo querendo fazer mais e mais pelo povo de nossa terra e sentindo-se sempre em débito, faz lembrar Martins Fontes, ao pensar em sua querida terra natal: "*Incapaz de servi-la como devo, quero ao menos amá-la como posso*".

Este é o perfil de Marco Antonio Marques da Silva, o homem das virtudes intelectuais, éticas e cívicas no exercício do magistério e da magistratura, por sua cultura jurídica e erudição, plasmadas pelo rigor científico de vivência acadêmica sempre trilhada pela honestidade e pelo justo. Jurista, com certeza, com origem na brava gente brasileira.



## Uma interpretação de duvidosa dignidade

Vicente Greco Filho<sup>1</sup>  
Professor de Direito

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e outros dispositivos, substituindo a antiga denominação de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”.

145

Como toda lei nova suscitará interpretações inusitadas, inclusive para o legislador, porque, como dizia o saudoso Ewelson Soares Pinto, “a Lei é como o samba do malandro: veste uma camisa listrada e sai por aí”, libertando-se da vontade do legislador. O que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto, mediante a aplicação de métodos técnicos, mas, antes ou mais que tudo, mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico.

Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e à violência sexual, em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes.

Ameaça-se, contudo, uma interpretação que os nega e prestigia a violência sexual, a dignidade da criança e da mulher, especialmente, e, mais que tudo, afronta o bom-senso e o princípio do respeito à proporcionalidade e preventividade do Direito Penal.

Entre as modificações da lei, houve alteração do art. 213, com incorporação do antigo 214 (atentado violento), desaparecendo a referência à mulher como sujeito passivo.

Ficou assim redigido:

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## “TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

### CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

#### Estupro

**Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:**

**Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.**

.....”

Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor, cuja lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro, para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: “A” mantém “B” (no caso mulher) em cativo e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

Segundo a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo, porque mais benéfico.

A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Dissemos, em outra oportunidade, quanto aos crimes de ação múltipla, que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de *Mischgesetze* (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os *Mischtatbestande* (tipos misturados ou mistos).

Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão “normas penais conjuntas”, que, a nosso ver, exprime melhor a ideia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos, quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos, quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crimes (material, formal, crime continuado).

Delogu (Le norme penali congiunte, in *Annali*, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunidas, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.

Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o *bis in idem* e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.

Massimo Punzo (*Reato continuato*, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque estas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.

Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e, em outras, alternativo e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar, ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no *caput* em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.

Assim, a tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos.

Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?

Massimo Punzo (op. cit., p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque, neste caso, o delito seria único;

2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se

que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras);

3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

Aplicando-se esses conceitos ao exemplo trazido como paradigma em face do atual art. 213 a interpretação, *data venia*, única correta é a seguinte.

Se, durante o cativo, houve mais de uma vez a conjunção carnal, pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente, cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis. A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, *abolitio criminis*, ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado, também, cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou a prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos.





**Coordenação Geral**  
Rodrigo Marzola Colombini

**Coordenação Editorial**  
Marcelo Alexandre Barbosa

**Capa**  
Escola Paulista da Magistratura

**Editoração, CTP, Impressão e Acabamento**  
Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

**Revisão**  
Wilson Ryoji Imoto

**Formato**  
175 x 245 mm

**Mancha**  
130 x 205 mm

**Tipologia**  
Frutiger

**Papel**  
Capa: Cartão Revestido 250g/m<sup>2</sup>  
Miolo: Offset Branco 75g/m<sup>2</sup>

**Acabamento**  
Cadernos de 16pp.  
costurados e colados – brochura

**Tiragem**  
3.500 exemplares

Agosto de 2009

